



ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS LIMITAÇÕES

LASALETE QUISSANGA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

LISBOA, 2020

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA VERTENTE DO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS
LIMITAÇÕES

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa para obtenção do grau de
Mestre em Direito.

LASALETE QUISSANGA

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR DOMINGOS FARINHO

LISBOA, 2020

“Nada é tão estressante como querer ser o que não somos. Quem não tem contato consigo mesmo não consegue reescrever a sua história. Não represente, seja você mesma. A saúde psíquica agradece”.

Augusto Cury

DEDICATÓRIA

In (memória)

À

Maria Aline Quissanga

&

Maria Leopoldina da Silva

AGRADECIMENTOS

A realização desta Dissertação de Mestrado contou com apoios e incentivos de várias entidades, sem elas a mesma não se teria tornado uma realidade e às quais serei eternamente grata.

Agradeço a Deus que me capacitou, me sustentou em cada momento de dúvida, cansaço e desânimo; tudo que eu sou é graças a Ti, Senhor. O meu muito obrigada!

Ao Professor Domingos Farinho, pela sua orientação, total apoio e disponibilidade, pelo saber que me transmitiu, pelas opiniões e críticas. O meu muito obrigada!

Aos meus filhos, “Leonel Jorge, Lueji Quissanga, Essanjo Quissanga” especialmente ao meu esposo Eduardo Quissanga, pelo apoio incondicional, paciência demonstrada e total ajuda na superação dos obstáculos que ao longo desta caminhada foram surgindo, muito obrigada!

Por último, ao meu colega Edvaldo Garcia Mwayandyelange Lukileni, pelas nossas discussões, força e apoio em certos momentos difíceis, muito obrigada.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
1. CAPÍTULO – BREVE RESENHA HISTÓRICA DO DIREITO EUROPEU E NACIONAL NO ÂMBITO DA DIVISÃO DOS CONTRATOS EM LOTES	12
1.1. Aspectos Gerais.....	12
1.2. Direito comparado	14
1.3. A adjudicação combinada de lotes	16
2. CAPÍTULO–REGIME E REQUISITOS DA ADJUDICAÇÃO POR LOTES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	21
2.1. Princípios Gerais da Contratação Pública	21
2.1.1. Aspectos gerais	21
2.1.2. Princípio da prossecução do interesse público.....	23
2.1.3. Princípio da concorrência.....	25
2.2. Procedimentos da contratação pública em especial o concurso público e a consulta prévia	29
2.2.1. Enquadramento	29
2.2.2. Consulta prévia	32
2.2.3. O concurso público	36
2.4. Decisão de contratar e de autorização da despesa	41
2.4.1. Enquadramento	41
2.4.2. A decisão de contratar	43
2.4.3. A decisão de escolha do procedimento	47
2.4.5. Decisão de autorização da despesa	48
2.5. Requisitos da adjudicação por lotes	51
2.5.1. O dever de não fundamentação na divisão da contratação por lotes	53
2.5.2. Situações que possam vir ocorrer a um dos seus lotes.....	54
CAPÍTULO III - ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS LIMITAÇÕES	56

3. CAPÍTULO III- ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS

LIMITAÇÕES	57
3.1. Aspectos Gerais.....	57
3.2. Conceito de Adjudicação por lotes.....	58
3.3. A discricionariedade da entidade adjudicante	59
3.4. Dever de fundamentação	62
3.5. Adjudicar em lotes.....	65
3.5.1.Enquadramento	65
3.5.2.Dever de adjudicar em lotes.....	66
3.5.3.A limitação do número de lotes a adjudicar a um único concorrente	71
CONCLUSÃO.....	76
BIBLIOGRAFIA	79

RESUMO

Adjudicação por lotes surge como um mecanismo destinado a facilitar o acesso das pequenas e médias empresas (PME) aos mercados públicos, ou seja, garantir que mais operadores económicos se beneficiem, para que a entidade adjudicante não esteja ligada a um único fornecedor, isto é, se a entidade adjudicante tiver vários fornecedores, poderá garantir a fiabilidade dos serviços contratados e estimulando, deste modo, maior concorrência.

O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns aspetos do novo regime da adjudicação por lotes e eventuais limitações, bem como abordar questões respeitantes à adjudicação dos lotes a um único concorrente. Este será o nosso percurso, clarificar algumas destas questões, esgotá-las seria impossível. Assim sendo, vamos focar-nos apenas na adjudicação por lotes e limites à adjudicação por lotes.

Palavras-chaves: adjudicação; adjudicação por lotes; Contratos Públicos; discricionarietà; entidade adjudicante.

ABSTRACT

Batch awarding emerges as a mechanism to facilitate access for small and medium-sized enterprises (SMEs) to public markets, ie to ensure that more economic operators benefit so that the contracting authority is not linked to a single supplier, ie , if the contracting authority has several suppliers, it can guarantee the reliability of the contracted services and thereby stimulate greater competition. The present work aims to analyze some aspects of the new batch award scheme and any limitations, as well as addressing issues concerning the award of batches to a single competitor. This will be our path, clarifying some of these issues, exhausting them would be impossible, so let's just focus on batch awarding and limits on batch award.

Keywords: adjudication; batch award; Public procurement; discretion; contracting authority.

Abreviaturas

ART.º —Artigo

CCP — Código dos Contratos Públicos

CEE — Comunidade Económica Europeia

CPA — Código Do Procedimento Administrativo

CPTA — Código Dos Processos Dos Tribunais Administrativos

CRP — Constituição Da República De Portuguesa

JOUE — Jornal Oficial Da União Europeia

LOPTC — Lei Da Organização E Processos Dos Tribunais

PME — Pequenas E Médias Empresas

RJEOP — Regime Jurídico Das Empresas Públicas

RJDPLABS — Regime Da Realização Da Despesas Públicas Com Locação E Aquisição
De Bens e Serviços

STA — Supremo Tribunal Administrativo

TCA –SUL — Tribunal Central Administrativo Sul

TCA –NORTE —Tribunal Central Administrativo Norte

TJUE- Tribunal de Justiça da União da Europeia

UE — União Europeia

INTRODUÇÃO

O Código dos Contratos Públicos (CCP) surgiu pela sentida necessidade de transposição para o ordenamento jurídico português das diretivas comunitárias 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do seu Conselho, de 31 de Março.

Ocorre que, na realidade, o Código foi mais longe do que a mera transposição, nele também se encontram explanados todos os procedimentos não abrangidos pelos âmbitos objetivo e subjetivo das diretivas, mas que não deixam de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais públicos.

Este diploma faz assim um alinhamento das mais recentes diretivas comunitárias, cuja transposição procede, mas, igualmente, procura fazer uma sistematização e uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos atomizados até agora.

Com o presente trabalho, pretendemos abordar o tema da adjudicação por lotes e eventuais limitações, sendo que o que caracteriza a adjudicação por lotes é o facto de, no âmbito de um mesmo procedimento de contratação pública submetido à concorrência, se encontrar dividido por partes (lotes), de modo a possibilitar que cada uma dessas partes seja objeto de uma adjudicação autónoma. A entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, devendo indicar essas limitações no convite ou programa do procedimento, bem como estabelecer os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseia a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente, nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado.

É importante, aqui, realçar que a adjudicação por lotes surge como um mecanismo destinado a facilitar o acesso das pequenas e médias empresas (PME) aos mercados públicos, ou seja, garantir que mais operadores económicos possam participar de fornecimento de bens e serviços públicos, mitigando o risco da entidade adjudicante estar ligada a um único fornecedor, ou seja, se a entidade adjudicante tiver vários fornecedores poderá garantir maior fiabilidade dos serviços contratados e estimulando, deste modo, maior concorrência.

Nos termos do n.º 1, do art.º 46.º A do CCP, as entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes, desde que seja devidamente fundamentada pela entidade adjudicante.

Segundo PEDRO GONÇALVES, “o art.º 46.º A do CCP, não esclarece onde deve ser apresentada a fundamentação pela entidade adjudicante, para decidir não adjudicar por lotes. Ou seja, atendendo ao teor do preceito ora referenciado, não se sabe onde e em que momento pretende o legislador que sejam expostos os fundamentos que presidiram à tomada de decisão de não adjudicação por lotes, conforme expressamente admitido pelo n.º 2, do art.º 46.º A do CCP.

Nos termos da Diretiva 2014/24/EU, as principais razões da decisão de não dividir em lotes devem constar dos documentos do concurso ou do relatório individualmente a que se refere o art.º 84.º do CCP”¹.

Apesar do legislador não ter sido claro, julgamos que a fundamentação pela entidade adjudicante para decidir pela não adjudicação por lotes deverá ser junta à fundamentação da decisão de contratar, conforme estabelece o art.º 36.º do CCP.

De referir que a adjudicação por lotes não poderá ser confundida com o problema da divisão do contrato em lotes. Com efeito, “a primeira pretende traduzir um modelo procedimental que, submetido à concorrência, é dividido, possibilitando sobre cada uma das partes incida uma proposta e, consequentemente, uma adjudicação autónoma. E a segunda consiste na divisão de um contrato em parcelas (lotes)”².

Em boa verdade, o acima referido visa clarificar aos leitores sobre algumas das várias teorias existentes relacionadas a adjudicação por lotes e eventuais limitações. Para o efeito, será efetuada uma análise ao art.º 46.º A, do CCP. Neste sentido, o preceito legal em destaque refere que “a entidade Adjudicante pode limitar o número máximo de lotes a adjudicar a cada corrente”, naqueles casos em que a adjudicação por lotes resulta da atribuição a um único concorrente; sendo que a questão que nos acorre colocar é a de saber se não estaríamos a vetar que mais operadores económicos tivessem acesso aos mercados públicos e, consequentemente, limitar a concorrência.

¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*. p. 421. 2ª Edição. Vol. I. 2018.

² Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*. In *Revista eletrónica de direito público*, vol. IV .n.º 2, 2017, p.69.

**CAPÍTULO I – BREVE RESENHA HISTÓRICA
DO DIREITO EUROPEU E NACIONAL NO
ÂMBITO DA DIVISÃO DOS CONTRATOS EM
LOTES**

1. CAPÍTULO – BREVE RESENHA HISTÓRICA DO DIREITO EUROPEU E NACIONAL NO ÂMBITO DA DIVISÃO DOS CONTRATOS EM LOTES

1.1. Aspetos Gerais

Como é sabido, a divisão dos contratos em lotes surge para estimular a participação das PME no mercado da contratação pública (diretamente não apenas pela via da subcontratação) e para que haja mais concorrência, evitando que a entidade adjudicante não esteja presa a um único fornecedor, mitigando o risco do ente público estar atrelado ao risco de concentração dos mesmos operadores económicos, ou seja, para que a entidade adjudicante tenha mais operadores económicos disponíveis, cujos serviços prestados sejam de qualidade, com cumprimento dos prazos, conforme o estabelecido no programa de concurso.

De referir que, a Diretiva encoraja as entidades adjudicantes a aplicar o código de boas práticas constantes no documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 25 de junho de 2008, intitulado “Código Europeu de boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos”³. Neste documento, é visível a preocupação da Comissão em estabelecer que a divisão “(...) dos contratos públicos em lotes facilita claramente o acesso das PME, tanto quantitativamente (a dimensão dos lotes pode corresponder melhor à capacidade produtiva da PME), como qualitativamente (o conteúdo dos lotes pode ajustar-se melhor ao sector especializado da PME).” e que além disso a divisão “(...) dos contratos em lotes, desde que seja adequada e viável atendendo às obras, aos fornecimentos e aos serviços a que dizem respeito, aumenta a concorrência, sendo, portanto, vantajosa para as entidades adjudicantes.”

“No âmbito do processo de revisão, a Comissão conduziu consultas às Entidades Adjudicantes e operadores económicos e não deixou de nessas consultas incluir o tema da divisão do contrato em lotes e, em particular, quanto ao estabelecimento de um regime obrigatório de divisão em lotes como medida de favorecimento da participação das PME”⁴. Neste contexto, as Entidades Adjudicantes mostraram-se hesitantes quanto à

³Cf. DAVID COELHO. “A divisão dos contratos em lotes na Diretiva 2014/14/EU”, in Revista de contratos em lotes na Diretiva 2014/EU, in Revista de contratos públicos n.º 13, 2016, p.98.

⁴Cf. *Ibidem*... p.98.

obrigatoriedade da divisão do contrato em lotes, enquanto as opiniões dos operadores económicos se dividem.

De referir que, na Diretiva que temos vindo a citar, não vislumbramos qualquer tipo de obrigatoriedade de dividir os contratos em lotes. Todavia, se as mesmas não pretenderem dividir os contratos em lotes, as Entidades Adjudicantes têm a obrigação de fundamentar, nas peças do procedimento, o porquê da não divisão dos contratos em lotes, matéria que vamos abordar ao longo do presente trabalho.

Assim sendo, DAVID COELHO defende “que a divisão de um contrato em partes ou lotes só provocará um *aumento da concorrência* se a decisão de divisão for precedida de um estudo aprofundado das características do segmento de mercado a que o contrato em causa pode suscitar interesse”⁵. De facto, corroboramos esta tese, sendo que com a divisão do contrato em lotes, mais operadores económicos terão acesso aos mercados públicos e a entidade adjudicante não ficará presa a um único fornecedor. “A sã concorrência na contratação pública é salvaguardada pelo ordenamento jurídico a dois níveis: (i) o das regras sobre a formação dos contratos e (ii) o das regras do direito da concorrência *próprio ou stricto sensu*”⁶.

Deve haver concorrência sã na contratação pública, porque o próprio direito da contratação pública estabelece regras de tramitação procedimental para evitar que haja conluio entre os participantes, mantendo as propostas secretas até ao fim do prazo de apresentação. Com a mobilização deste princípio, em matéria de contratação pública, visa-se, fundamentalmente, permitir mais competitividade concorrencial, maior número de candidatos ou concorrentes, em condições de igualdade, garantindo o mais amplo acesso e mais abertura aos mercados públicos, diz respeito à relação entre entidade adjudicante e as empresas que devem ser adjudicadas, visa pois promover a transparência e a concorrência, bem como conferir maior autonomia a este princípio. Neste sentido, ANA NEVES afirma que “o princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação pública ótima. Postula a realização de procedimentos pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação”⁷, ou seja, para satisfazer o objetivo da concorrência, deve

⁵ Cf. DAVID COELHO, *A divisão dos contratos em lotes...* ob. cit. p. 101.

⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação na adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos*, 2017, p. 378.

⁷ Cf. ANA NEVES, *Os princípios da contratação pública* in *Estudos de homenagem ao professor Doutor Sérvulo Correia* – Vol II, Coimbra, ed., 2011, p.40.

ser assegurada um número suficiente de candidatos que sejam submetidos à apresentação de propostas, de modo que a entidade adjudicante esteja em condições de comparar diferentes propostas e optar pela mais vantajosa aferindo-as com os critérios estabelecidos no programa do concurso.

1.2. Direito comparado

A consideração da história antiga e mais recente, e do direito comparado, permite dizer que há dois instrumentos principais para assegurar o acesso das pequenas e médias empresas (doravante, PME) aos contratos públicos, as reservas de contratos (*set-asides*) e a divisão ou não de adjudicação por lotes⁸. Dividir um contrato em lotes é parcelar algo que está concentrado. Isto é, divisão obrigatória em lotes seja tipicamente usada para abrir a concorrência em mercados específicos que apresentam concentração, ou seja, como uma forma de intervir na estrutura do mercado. Encontra-se evidência, na história, da utilização muito precoce da divisão de contratos em lotes, no mesmo sentido e com propósitos semelhantes aos dias de hoje⁹. O termo concorrência é geralmente utilizado para designar o grau de competitividade entre empresas ou outras entidades que oferecem produtos ou serviços semelhantes e que disputam entre si pelos mesmos mercados. Por vezes, é também utilizado para designar o próprio grupo de empresas que atuam nos mesmos mercados com o mesmo tipo de produtos ou serviços, confundindo-se, neste caso, com o termo "concorrentes".

Em alguns países da europa, revela-se uma crescente utilização do mecanismo da divisão em lotes.

Na França, antes de 2001, a adjudicação por lotes era excecional, nas reformas de 2001 e 2004 a figura foi colocada em pé de igualdade com a “marche global”, e em 2006, a divisão em lotes passou a ser objeto de um princípio¹⁰, sendo significativo que esta evolução se tenha baseado em sucessivas decisões do *Conseil Constitutionnel*, o qual, afirmando a necessidade de igualdade de tratamento e oportunidades no acesso aos mercados públicos.

⁸ Cf. Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação da adjudicação por lotes...* ob. cit., pp.25

⁹Cf. *Ibidem*... p.25ss.

¹⁰Cf. *Ibidem*... p.25ss.

No **Direito Alemão**, em que a proteção das PME assumiu o estatuto de princípios da contratação, se prevê a divisão em lotes, como forma de prossecução de políticas secundárias, no art.º 97, n.º 4.º da Lei contra as restrições à concorrência¹¹. Importa realçar que a Diretiva 2014/24/EU (diretiva dos sectores clássicos), trouxe o regime do art. 46.º da Diretiva 2014/24 é, provavelmente, a medida mais relevante que as diretivas preveem em sede de acesso das PME¹², tratando-se de um instrumento jurídico, político e económico, que facilita o acesso à contratação por partes das PME, assim também promovendo a concorrência¹³.

O plano do direito europeu, a opção de distinguir entre a Diretiva dos sectores clássicos, por um lado, e as Diretivas dos sectores especiais e concessões, por outro lado, apenas na primeira se encontra uma disposição com o sentido do art.º 46.º n.º 2, da Diretiva 2014/24. Na Diretiva 2014/25 (setores especiais), o art. 65.º n.º 1, apenas contém a norma que permite a adjudicação por lotes. O dever de fundamentar as razões pelas quais não se dividiu apenas aparece mencionado no Considerando 87 e como mera possibilidade de os Estados Membros irem “mais além” das Diretivas com o intuito de permitir o acesso às PME. A tal Diretiva não impõe que, nos contratos regidos pelo regime dos sectores especiais, tal fundamentação ocorra. “Os Estados membros da União Europeia, relevam objetivos específicos de construção de uma economia de mercado aberto e em livre concorrência, bem como a convergência económica, de que decorre uma especial preocupação com a boa gestão dos dinheiros públicos e a racionalização da despesa pública.”¹⁴ Neste sentido, por um lado, o código dos contratos públicos consagra princípios como a transparência, a igualdade e a concorrência, que visam alcançar uma gestão eficaz dos dinheiros públicos e uma maior integração do mercado único; por outro lado, as Diretivas comunitárias visam no âmbito do código dos contratos públicos estabelecer normas para garantir a defesa da concorrência e a não discriminação dos operadores económicos.

Importa também realçar que há por parte da Diretiva comunitária o manifesto incentivo à adjudicação dos contratos de grande dimensão por lotes, sendo que esta

¹¹ Cf. Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação da adjudicação por lotes...* ob. cit., pp.25 ss. Sobre a experiência alemã, M. Lodge, “Isomorphism of National Policies? The Europeanisation” of German Competition and public procurement Law, West European Politics, 2000, pp.89ss.

¹² Isto decorre da própria organização do considerando (78) da Diretiva 2014/24, que diz que os contratos públicos deverão ser adaptados às necessidades das PME.

¹³ Cf. JORGE ANDRADE, *Dicionário dos contratos públicos*, 2ed.Coimbra,2018. p. 46.

¹⁴ Cf. CLÁUDIA VIANA, *Estudos da contratação pública*, ed. Coimbra, 2008. p. 24.

divisão poderá ser feita numa base quantitativa, adotando melhor a dimensão de contratos individuais à capacidade das PME, ou numa base qualitativa em função dos diferentes sectores comerciais e de especializações envolvidos, ao ponto de impor que, quando essa adjudicação por lotes não for obrigatória, aquelas entidades devem indicar as principais razões para a sua decisão de não dividir o contrato em lotes e tal fundamentação constar das peças do procedimento.

Como tenciona promover a participação das PME na contratação pública e em que casos a divisão por lotes será obrigatória? Estas são as perguntas que têm sido suscitadas e que as procuraremos dar resposta:

Em rigor, nas Diretivas Comunitárias a obrigatoriedade da divisão por lotes dar-se-ia nos grandes contratos e impondo o dever de fundamentação da decisão de não contratação por lotes. Desta forma, facilita-se a participação de PME que, de outro modo, não teriam capacidade de assegurar o fornecimento ou o serviço por inteiro. Outra medida que contribuirá para a participação das PME prende-se com o alargamento da capacidade financeira na qualificação dos candidatos, ao considerar que o volume de negócios exigido não pode exceder o dobro do valor do contrato.

1.3. A adjudicação combinada de lotes

O n.º 5 do art. 46.^{o15} prevê a possibilidade de a Entidade adjudicante celebrar contratos que combinem vários lotes, desde que se encontre expressamente previsto nestas peças (convite ou no programa do procedimento) e sejam nelas estabelecidos e indicados os critérios que fundamentam as várias hipóteses de combinação ou agregação previstas¹⁶. O sentido e o alcance da possibilidade de combinação de lotes são explicados no considerando 79 da Diretiva “o objetivo de facilitar um acesso mais amplo das PME aos contratos públicos poderia ser dificultado se as autoridades adjudicantes fossem obrigadas a adjudicar o contrato por lote mesmo que isso implicasse terem de aceitar soluções substancialmente menos vantajosas do que a adjudicação conjunta de vários ou

¹⁵ A entidade adjudicante pode celebrar contratos que combinem vários ou a totalidade dos lotes, desde que essa possibilidade seja expressamente incluída no convite ou no programa do procedimento, caso em devem ser previamente estabelecidos e indicados os critérios que fundamentam as várias hipóteses de combinação prevista.

¹⁶ Art.º 46.º n.º3, da Diretiva 2014/24/EU Os Estados- Membros podem prever que, se puder ser adjudicado mais do que um lote ao mesmo proponente, as autoridades adjudicantes possam adjudicar contratos que combinem vários lotes ou a totalidade dos lotes se, no anúncio de concurso ou convite à confirmação de interesse, tiverem especificado que se reservam a possibilidade de o fazer e indicado a forma como os lotes ou grupos de lotes podem ser combinados.

de todos eles, ou seja, sempre que a possibilidade de aplicar tal método tenha sido claramente indicada previamente, as autoridades adjudicantes deverão poder efetuar uma avaliação comparativa das propostas, a fim de determinar se as propostas apresentadas por um dado proponente para uma combinação específica de lotes, consideradas no seu todo, cumpriam melhor os critérios de adjudicação previstos nos termos da presente Diretiva em relação a esses lotes, do que as propostas para cada um dos lotes individuais em causa”¹⁷. Assim, ainda que pressuponha uma divisão submetida a concorrência, o mecanismo de adjudicação por lotes não determina a existência de várias adjudicações quantos os lotes inicialmente submetidos à concorrência, ou seja lotear não é apenas dividir, mas também pode ser juntar, “ao admitir a junção ou combinação de lotes, pois o legislador Europeu reconhece que, para efeitos de adjudicação, a entidade adjudicante não tem de ficar refém de uma medida que, na prática e em certas circunstâncias, poderá não permitir o acesso às melhores condições contratuais possíveis¹⁸.

Assim, adjudicação combinada de lotes, implica que os concorrentes apresentem uma proposta para cada lotes a que concorrem (uma proposta individualizada) e, também, uma proposta distinta com base na agregação de lotes, nos termos admitidos pela entidade adjudicante, expressos no convite ou no programa do procedimento, tratando-se se podemos dizer, de um caso especial de proposta variante, em princípio a proposta agregadora deverá apresentar condições mais vantajosas para a entidade adjudicante (designadamente no que respeita ao preço proposto) do que as propostas individualmente consideradas, pelo que, poderá fundamentar uma adjudicação agregada¹⁹. Na verdade, pelo fato de se tentar promover a participação da PME nos procedimentos de contratação pública não significa que se deva abdicar da escolha da proposta que melhor satisfaça o interesse público visado com a celebração do contrato. Conforme bem nota MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, com o fomento da participação das PME pretende-se aumentar o número de participantes e, em virtude dessa maior concorrência, obter melhores condições para a entidade adjudicante²⁰

¹⁷ Considerando 79 da Diretiva.

¹⁸ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. IV. n.º 2, 2017, p.81.

¹⁹ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos contratos públicos*, vol. I, 2ª ed. Almedina, p. 426.

²⁰ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. IV. n.º 2, 2017, p.81

Vejamos, a adjudicação por lotes surge como mecanismo destinado a facilitar o acesso das PME aos mercados públicos, se este fosse o único objetivo a atender, a entidade adjudicante estaria sempre obrigada a adjudicar por lote. No entanto, certas empresas só terão interesse em participar se existir uma possibilidade de vencerem todos ou, pelo menos, uma parte significativa dos lotes, apenas predispondo a apresentar uma oferta verdadeiramente competitiva num cenário em que possam construir uma proposta que compreenda diversos ou mesmo todos os lotes submetidos a concurso, e da perspetiva da entidade adjudicante, a obrigação de, em qualquer caso, adjudicar por lotes poderá ser pouco vantajoso, impedindo-a de conhecer e, consequentemente, de beneficiar de condições mais favoráveis para uma adjudicação combinada de lotes²¹ esta forma de adjudicação pela entidade adjudicante é vantajosa porque permite a baixa de preço global da obra ou serviço isso por si só já é considerado um fator poderoso da sua admissibilidade legal.

Apesar de a Diretiva 2014/24/UE não conter uma norma que exija a fixação do critério para a adjudicação combinada de lotes, o Considerando 79 é claro quanto à sua necessidade, preocupando-se mesmo em explicar o caminho que deve ser seguido pela entidade adjudicante. Com efeito, aí se prevê a necessidade de proceder a “uma avaliação comparativa das propostas, a fim de determinar se as propostas apresentadas por um dado proponente para uma combinação específica de lotes, consideradas no seu todo, cumpririam melhor os critérios de adjudicação previstos nos termos da presente diretiva em relação a esses lotes, do que as propostas para cada um dos lotes individuais em causa”, acrescentando-se que a entidade adjudicante deverá determinar, “em primeiro lugar, quais as propostas que cumprem melhor os critérios de adjudicação previstos para cada lote individual e, em seguida, comparando-a com as propostas apresentadas por um dado proponente para uma combinação específica de lotes no seu todo”. Acerca da necessidade de fixação desses critérios nas peças do procedimento.²²

O n.º 5 do art.º 46-A do CCP parece admitir a possibilidade do concorrente apresentar uma proposta tendo em vista a adjudicação combinada de vários lotes, muito embora se considere tratar-se de uma hipótese de difícil operacionalização, com efeito, o legislador exige que essa possibilidade esteja, desde logo, prevista no convite ou no

²¹ Cf. *Ibidem*... p. 80.

²² Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA E RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Concursos e outros procedimentos da contratação pública*”, Vol. I. editora 2008, p. 1021.

programa do procedimento, assim como os critérios que fundamentem as várias hipóteses de combinação. Na prática o objetivo pretendido será o de maximizar o “*value for money*”, o valor acrescentado para a entidade adjudicante, em resultado da adjudicação combinada de lotes, em vez de adjudicação isolada dos mesmos.

CAPÍTULO II
REQUISITOS DA ADJUDICAÇÃO POR LOTES E
REGIME DOS CONTRATOS PÚBLICOS NO CÓDIGO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS

2. CAPÍTULO–REGIME E REQUISITOS DA ADJUDICAÇÃO POR LOTES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

2.1. Princípios Gerais da Contratação Pública

2.1.1. Aspetos gerais

A administração pública em geral é regida por princípios, que funcionam como linhas orientadoras para a prática dos seus atos, cuja inobservância gera a invalidade dos atos praticados, sendo que, em sede do Direito da Contratação Pública, no caso da adjudicação por lotes não poderia ser diferente, princípios esses que devem ser observados por todas as entidades adjudicantes, pelo facto de estarem vinculados a todos procedimentos concursais a serem lançados.

Os princípios respeitantes à contratação pública, estão aliados a um conjunto de regras jurídicas aplicáveis, tanto de formação, celebração, bem como de execução dos contratos celebrados por uma pessoa coletiva integrada na administração pública, correspondendo ao Direito da Contratação Pública.

No âmbito da contratação, serão aplicáveis, desde logo, princípios gerais específicos da realidade comunitária, tais como princípio da igualdade, imparcialidade, concorrência, princípios específicos da realidade comunitária, proibição da discriminação em razão da nacionalidade e reconhecimento mútuo e, ainda, princípios específicos da contratação pública.

Importa aqui realçar que os princípios são, de facto, instrumentos indispensáveis das entidades adjudicantes que devem ser observados pelo facto de estarem vinculados a todos os procedimentos concursais a serem lançados.

Tais princípios terão como função corresponder a parâmetros normativos de compressão e estruturação da contratação pública, tendo por base a lógica de que a sua observância permitirá a tomada de decisões juridicamente corretas e otimizadas do ponto de vista dos fins a serem prosseguidos.

Segundo ANA FERNANDA NEVES, os princípios da contratação pública “conformam a definição concreta e a realização dos procedimentos de contratação, assim

como a atuação do contraente público na relação jurídica e constituem padrões de controlo da sua correção jurídica.”²³

CLÁUDIA VIANA defende, neste contexto, que a existência de diretivas comunitárias não obsta a inovação imediata dos princípios da contratação pública ao dizer que “a circunstância do regime comunitário específico da contratação pública estar concretizado em diretivas, não retira espaço à aplicação direta dos princípios comunitários, já que são os princípios que constituem o alicerce e a base da construção jurídica feita por aquelas”²⁴

As diretivas desempenharão, numa posição maioritariamente defendida pela doutrina, uma função meramente instrumental relativamente aos princípios da contratação pública, destinando-se a garantir e potenciar a sua operacionalidade.

Neste sentido, pronuncia-se, igualmente, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ao afirmar que “os princípios se constituem como fator de interpretação das regras constantes das diretivas comunitárias ou das leis internas, como tópico de determinação do seu sentido e alcance das normas escritas, impondo por exemplo uma interpretação mais extensiva ou mais restrita vedando uma coisa ou outra”²⁵.

No domínio da contratação pública, deparamo-nos com a existência de um leque de princípios estruturantes, ou seja, um conjunto de princípios que se caracterizam por assumirem uma posição qualificada nos procedimentos administrativos de adjudicação.

A estes dão-se-lhes o nome de princípios fundamentais da contratação pública, encontrando-se previstos no n.º 1, do art.º 1.º A do CCP.

“São princípios que devem ser vistos como verdadeiros condicionamentos jurídicos de decisões que aí se tomem, reconhecendo-se-lhes uma força qualificada no confronto com outros princípios, sobre os quais, em caso de conflito, hão de prevalecer. De certeza que as entidades adjudicantes estão, portanto, vinculadas, em cada procedimento ou concurso que se lançar, a observar inderrogavelmente estes princípios”²⁶.

Pensamos que, quanto os contratos respeitantes a contratação por lotes, quanto aqueles que se reconduzem a concessões de serviços públicos, terão sempre de respeitar

²³ Cf. ANA FERNANDA NEVES, *Os princípios da contratação...* ob. cit., p. 29.

²⁴ Cf. CLÁUDIA VIANA, *Princípios comunitários na contratação pública*, ed, Coimbra, 2007, p. 110.

²⁵ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA., “*Os princípios gerais da contratação pública*”, in “*Estudos da contratação pública*”, Vol. I. editora 2008, p. 53.

²⁶ Cf. *Ibidem*... p. 57.

os princípios da contratação pública. A propósito dos princípios fundamentais dos procedimentos de formação dos contratos públicos, a maioria encontra consagração no direito interno, designadamente na CRP e no CCP, mas possuem, de igual modo, origem, sentido e força comunitária, derivando das disposições do comunitário.

Parte da doutrina vem entendendo que a aplicação dos princípios comunitários a contratos excluídos no âmbito da aplicação das diretivas deveria ser alvo de uma profunda reflexão. Um dos autores partidário desta posição é MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ao argumentar que “esta posição do TJ e da Comissão Europeia sobre a aplicação dos princípios comunitários da concorrência, igualdade e da transparência aos contratos excluídos do âmbito das diretivas (sobretudo em função do valor), nos termos em que tem vindo a ser entendida, devia ser repensada, designadamente, pela insegurança jurídica que provoca as entidades adjudicantes”.²⁷ Na verdade, compreende-se e aceita-se a posição teórica, mas a sua aplicabilidade prática pelo TJ devia estar reservada apenas para os casos mais flagrantes e ostensivos de violação dos princípios.

2.1.2. Princípio da prossecução do interesse público

Como já sabemos, o direito da contratação pública determinou a acentuação dos valores da concorrência, da transparência, da igualdade e da não-discriminação, uma relativa secundarização da prossecução do interesse público, “não é possível desvalorizar o dado essencial de a regulamentação da contratação pública dever também estar ao serviço da realização de interesses públicos, desde logo, o interesse financeiro, através do “*best value for money*”, fórmula que representa a aspiração de “*getting the best deal for the public money*”²⁸. Tem vindo a ser reconhecidas as diversas potencialidades das pequenas e médias empresas PME nos contratos públicos, não só para aumentar a concorrência nos procedimentos, pelo acesso de mais participantes, como também para incentivar a inovação, encorajar o empreendedorismo e contribuir para a criação de empregos conforme estabelece o art.º 22.º da Diretiva 24/2014, a propósito da divisão

²⁷ Sobre o assunto, cf. SUE ARROWSMITH, *The Law Of Public And Utilities Procurement*, 2005.p. 197; Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da Contratação...* ob. cit., p. 57.

²⁸ Cf. SCHOONER, ob. cit., p. 108.

em lotes como forma de proteger e promover as PME, fomentando a concorrência com lotes mais pequenos e, consequentemente, um aumento da probabilidade de melhor preço, melhor qualidade de serviço prestado, gerando poupança para a entidade adjudicante.

O princípio do interesse público pode caracterizar-se por estar munido de elevada abstração e generalidade face à constante mutabilidade das necessidades coletivas, cuja satisfação deverá ser assegurada pelos Estados membros da UE, sendo cada vez mais prementes nos dias de hoje, como também das próprias mentalidades e costumes da coletividade. Assim aquilo que para um Estado poderá ser considerado como sendo objeto de interesse público, para outro poderá não se inserir nessa categoria valorativa.

MARCELLO CAETANO alega que “o interesse público é, em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário exerce sobre ela o seu império. Desde que a coletividade exija, por virtude de transformações económicas, técnicas morais ou simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o carácter instrumental destes, como meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades coletivas, impõe a adaptação”²⁹.

Será que a administração deve prosseguir o interesse que não seja público? Pensamos que não, uma vez que administração deve estar sujeita ao dever de boa administração, agir em conformidade com a lei, caso assim não aconteça, estaríamos diante da violação deste princípio, e um tribunal pode anular esse ato da administração por prosseguir um interesse privado ou interesse público diferente do definido por lei para o exercício da competência em causa, “ou seja, o dever de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos da melhor maneira possível, este decorre do art.º 81.º, c) CRP e encontra projeções evidentes no princípio da eficiência que é uma decorrência do princípio da boa administração (art. 5.º CPA).³⁰

Importa aqui realçar que cabe à administração prosseguir o interesse público da melhor maneira possível, porque a administração goza de uma ampla margem de livre decisão quanto ao “*modus faciendi*”, tal como é definido pela constituição para a satisfação das necessidades coletivas.

²⁹ MARCELLO, CAETANO. “*Princípios fundamentais de direito administrativo*” 3.ª ed. Almedina ed. 2010, p.183.

³⁰ Cf. MARCELO REBELLO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO MATOS. “*Direito Administrativo Geral Tomo I*”, 3.ª ed. Dom Quixote, 2010, pp. 209 ss.

Segundo MARCELLO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO MATOS, “o interesse público é o norte da administração, é por isso que o art.º 266.º, n.º 1 da CRP e o art.º 4.º do CPA individualizam o princípio do interesse público em termos de categoria”³¹

Uma vez celebrado o contrato, a administração tem o direito de exigir a respetiva execução pela entidade adjudicatária, dirigir o modo de execução das prestações bem como o direito de dizer como quer o trabalho feito.

Na esteira do pensamento supra citado, MARCELLO CAETANO diz que “a Administração depois de celebrado o contrato, não pode demitir-se da sua função realizadora dos interesses coletivos. A ela pertence a atribuição de cumprir a missão a zelar por ele, vigiando a execução do contrato, não com a simples preocupação de salvaguardar um interesse pessoal, mas com o empenho de que se satisfaçam os interesses transpessoais de que a lei a incumbiu”³².

Convém, antes de concluirmos o presente estudo, darmos nota de que o interesse público não constitui um monopólio da Administração, cuja prossecução só poderia ser assumida por privados se esta assim entendesse.

De facto, não só é admissível como também é, por vezes, incentivado que entidades estranhas às esferas próprias da Administração possam, através de atuações espontâneas, promover e prosseguir verdadeiros fins de interesse público. Damos como exemplo as associações e fundações de interesse geral que cooperam com a Administração no alcance e promoção desses mesmos fins de interesse público.

2.1.3. Princípio da concorrência

A concorrência, como um princípio fundamental da contratação pública é entendida, em diversos considerandos de diplomas comunitários que fazem referência pelo facto de a concorrência efetiva ser objeto da contratação pública, em geral, e dos procedimentos adjudicatários, em especial, impondo, desta forma, condutas e proibindo outras, em termos tais que esta deve ser considerada como um verdadeiro princípio fundamental, opção que foi, aliás, tomada pelo legislador no art.º 1.º A, n.º 1, do CCP.

³¹ Cf. *Ibidem*... p. 207.

³² Cf. MARCELO CAETANO, *Princípios fundamentais*... ob. cit., p. 183.

Hoje em dia é consensual, tanto no domínio doutrinal quanto jurisprudencial, que a concorrência é tida como um dos princípios fundamentais na contratação pública.

Segundo ANA FERNANDA NEVES, “o princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação ótima”³³.

Portanto, a realização do procedimento pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação, cuja participação não deve distorcer a concorrência em relação aos proponentes privados, veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura, “implica que nenhum obstáculo ou favor seja introduzido nas regras do procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de modo que a escolha do co-contratante resulte do confronto juridicamente correto das respetivas propostas”³⁴

Pensamos que, quanto mais operadores económicos interessados (*igualdade de acesso*) apresentarem-se perante a entidade adjudicante, como eventuais futuros contratantes, melhor será o leque de ofertas contratuais, associando a este princípio uma boa gestão financeira de recursos públicos, caso o contrato implique despesa e a seleção de várias propostas mais convenientes para o interesse público.

Nesta ótica, de liberdade e de igualdade de oportunidades, pronunciam-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS ao afirmarem que “o princípio da concorrência determina que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento seja consultado o maior número possível de interessados, no respeito pelo mínimo que a lei imponha”³⁵

Vejamos a entidade adjudicante poderá estar interessada em fomentar a concorrência ou garantir a integral e adequada execução das prestações contratuais, para este efeito, considerar a via da limitação do número de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, conforme estabelece o art, 46.º-A n.º4, no regime anterior ao da revisão do CCP de 2017, o Tribunal de Contas afastava a possibilidade de limitação do número de lotes a adjudicar a um concorrente, o Acórdão n.º 25/2012 , de 24, de julho-1ª

³³ Cf. ANA NEVES. “*Os princípios da Contratação Pública*” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*- Vol. II, Coimbra Editora, 2011, p.29.

³⁴Cf. ANA NEVES. “*Os princípios da Contratação Pública*” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2011, p.40.

³⁵ Cf. MARCELO REBELLO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo...*ob. cit., p. 338.

S/SS: a limitação da possibilidade de adjudicação de apenas dois lotes a um mesmo concorrente, num universo de cinco lotes, viola o princípio da concorrência (art.º 1.º, A n.º 1 e 132.º, n.º 4, do CCP) na medida em que alguns potenciais concorrentes só teriam interesse em apresentar propostas se lhe pudessem ser adjudicados todos os lotes³⁶

Apesar disso, é preciso ter em consideração que o princípio da concorrência não é de sentido único, podendo apontar a um tempo para maior concorrência possível, mas a outro para concorrência efetiva e são, aqui o princípio é um obstáculo a instituição de barreiras de acesso, aqui, ele pode ter o seu fundamento útil.

Quais são então as exigências, as imposições, ou modelações com que o princípio da concorrência impregna os princípios da contratação pública?

Podemos bem dizer que está presente em todos os procedimentos contratuais, tem maior concorrência no concurso público, vai decrescendo, passando pelo concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial, parceria para inovação e o ajuste direto, (art. 16.º, n.º 1 CCP) “todos estes caracterizados pelo facto de admitir apresentação de propostas aos interessados especialmente capazes para o efeito, por outro lado, em concreto em cada procedimento pode haver universos concorrenciais mais ou menos amplos, não bole com efetividade ou rigor com o princípio da concorrência, há concursos públicos com um só concorrente e ajustes direto com três ou mais participantes, neste sentido por isso é que o princípio se aplica de maneira mais rigorosa do que ali, porque aqui a concorrência só pode ser entre propostas suas”³⁷

“O princípio da concorrência tem uma faceta menos presente nos procedimentos acima referidos pelo facto de a sua primeira faceta é de o contrário que sucede no domínio da contratação privada, levado acabo por particulares onde por força da autonomia privada, cada um contrata com quem quer, as entidades adjudicantes do CCP ou de qualquer pessoa sujeita ao dever de proceder um contrato seu de um procedimento concorrencial regulado pelo direito administrativo, realiza-se pública e abertamente no mercado e através dele dirigindo-se a concorrência para que apareçam maior números de pessoas interessadas pelo contrato em causa”³⁸

³⁶Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos...* ob. cit., p. 422.

³⁷ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA. “*Concurso e outros procedimentos...* ob. cit., p.185.

³⁸Cf. *Ibidem*. p.186.

O princípio da concorrência da abertura impõe um certo tipo de configuração legislativa de toda a contratação pública. Neste contexto, nas palavras de Pedro Gonçalves, a doutrina alude a uma necessária hierarquia dos procedimentos abertos de seleção concorrencial sobre os procedimentos de acesso limitados ou fechados”³⁹

Importa realçar que não significa que as entidades adjudicantes, sempre que tiverem de lançar um procedimento, deverá ser aberto ou fechado, para o efeito de celebração de contratos, as entidades adjudicantes devem observar as disposições dos art.º 17.º a 33.º do CCP e não propriamente o princípio da concorrência.

O que este permite então é que, salvo em caso de estrita vinculação legal, como no caso do art.º 24.º, n.º 1, alínea *e*, do CCP, sobretudo no caso do exclusivo legal, optem por procedimentos mais abertos, mais “públicos” do que os legalmente previstos e permitidos, podendo recorrer sempre ao concurso público ou ao concurso limitado por prévia qualificação, como resulta das alíneas *b*) dos art.º 19.º; 21.º, n.º 1 e dos arts. 31.º e 33.º do CCP.

Enfim, somos do entendimento que o princípio da concorrência tem a sua base assentada nos procedimentos abertos designadamente o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação. Sucede, porém, que, como o legislador do Código (e também o comunitário) não quis estabelecer qualquer hierarquia ou condicionamento às entidades adjudicantes na opção entre tais modalidades, aliás a alínea *d*) do art.º 164.º, revela-o bem, garantindo-lhes enveredar por aquela que lhes parecer mais conveniente à realização do interesse público, fazer funcionar, nessas circunstâncias, o princípio da concorrência em favor do concurso público, restringindo o espaço de aplicação do concurso limitado, envolveria uma violação do parâmetro legal.

Pensamos também que o princípio da concorrência terá como finalidade a salvaguarda do normal funcionamento dos mercados, a proteção subjetiva dos concorrentes e exigências decorrentes da própria CRP nos seus artigos 81.º alínea *f*) e 99.º alínea *a*), bem como a prossecução do interesse público, na medida que, quanto mais aberto ao mercado for o procedimento de adjudicação, melhores serão, em teoria, as condições financeiras para a Administração.

³⁹ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos contratos públicos*, vol. I, 3ª ed. Almedina, p. 355.

2.2. Procedimentos da contratação pública em especial o concurso público e a consulta prévia

2.2.1. Enquadramento

A parte II do CCP, sob a epígrafe contratação pública, contém o regime geral da formação dos contratos públicos, abrangendo desde as regras que estão subordinadas à escolha do respetivo procedimento adjudicatório, respeitante a fase da formação do contrato, a tramitação relativa aos vários tipos de procedimentos e incluindo procedimentos especiais, Acordos-quadro, centrais de compras e as garantias dos participantes nos procedimentos.

Os procedimentos da contratação pública são procedimentos administrativos regulados pelas normas do direito administrativo, sendo o procedimento desencadeado pela Administração, em princípio, com a vista a celebração de um contrato destinado a satisfazer uma determinada necessidade pública, como sucede com contratos de compras, empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de móveis, aquisição de serviços e sociedade.⁴⁰

Os procedimentos da contratação pública são de aplicação obrigatória, isto significa que as entidades sujeitas ao CCP estão obrigadas adotar um dos procedimentos previstos quando pretendem celebrar contratos. Para o efeito, estas mesmas entidades devem acautelar, nos seus orçamentos, verbas para cumprir com as respetivas obrigações financeiras em função da modalidade de contrato em presença.

Nas palavras de SÉRVULO CORREIA, “na formação da vontade administrativa de contratar previamente é enquadrada por um procedimento administrativo, estabelecido na lei, a Administração age procedimentalmente no âmbito do Direito Administrativo e as suas declarações de vontade inseridas neste procedimento constituem atos administrativos”⁴¹, logo os tipos de procedimentos contratuais previstos no n.º 1, do art.º 16.º do CCP constituem atos administrativos das entidades adjudicantes tais como:

- a) ajuste direto;

⁴⁰ Cf. n.º 2 do artigo 16.º do CCP.

⁴¹ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, ed. Almedina, 1987, p. 780.

- b) consulta prévia;
- c) concurso público;
- d) concurso limitado por prévia qualificação;
- e) procedimento de negociação;
- f) diálogo concorrencial;
- g) parceria para a inovação.

A meu ver, a contratação pública permite a escolha de um procedimento através do qual uma entidade do setor público seleciona uma pessoa singular ou coletiva para executar uma obra, prestar um serviço ou fornecer um bem para a satisfação de um fim público. Abrange aquela fase da formação dos contratos públicos, a qual se inicia quando uma entidade adjudicante toma a decisão de contratar e termina com a adjudicação do contrato.

“A contratação pública é aquela cujo objeto abranja prestações que estejam ou possam estar submetida a concorrência de mercado”⁴². Ou seja, os procedimentos adjudicatórios visam a boa gestão dos dinheiros públicos e a racionalização da despesa pública. “Sempre que a Administração estabelecer previamente os termos de um procedimento através do qual se formará a sua vontade de contratar previamente num caso concreto ou quando se desenrolar espontaneamente um procedimento sem que a lei ou administração hajam fixado previamente os seus tramites, será em princípio o Direito administrativo a reger a conduta que anteceder a celebração do direito privado, por ser neste ramo de direito que se enquadram as normas sobre o poder dos órgãos da administração e sobre a forma como estes devem agir para produzir efeitos de direito”⁴³.

Importa referir que o CCP prevê procedimentos abertos e fechados que, em função da sua natureza na fase de formação dos contratos públicos, a qual se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato, ou seja, “os procedimentos do CCP são também procedimentos típicos ou obrigatórios, concorrenciais e não concorrenciais de entre as diferentes espécies de procedimentos adjudicatários, avultam os procedimentos concorrenciais de formação da vontade de contratar, isto é, aqueles procedimentos em que faz a concorrência ao mercado para, em função do critério de adjudicação adotado, determinar, de entre as propostas dos diversos participantes (ou até entre diversas propostas de um concorrente), qual é a proposta com base na qual, se vai

⁴² Cf. JORGE ANDRADE E SILVA, *Código dos contratos públicos...* ob. cit., p. 81.

⁴³ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia...* ob. cit., 780.

celebrar o contrato respectivo e essa demanda do concurso público”⁴⁴.

“Em 2008, aquando da publicação do código dos contratos públicos, o legislador procedeu a uma significativa distinção entre dois tipos de procedimentos. Procedimentos abertos e procedimentos fechados. Procedimentos fechados eram aqueles em que a Entidade Adjudicante que decidia quem participava no procedimento, enviando-lhes diretamente um convite, sendo que procedimentos abertos eram os procedimentos que se iniciavam com a publicação de um anúncio e que podiam participar todas as entidades que pretendessem. Como se sabe, os procedimentos abertos eram quatro: o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento por negociação e o diálogo concorrencial. O único procedimento fechado previsto no CCP era o Ajuste Direto, que permite a Entidade Adjudicante decidir unilateralmente a quem convidar participar do procedimento (podendo convidar uma ou mais entidades art.º 112.º e 114.º do CCP)”⁴⁵.

Segundo JORGE ANDRADE, “as regras procedimentais que regulam a escolha pela entidade adjudicante dos participantes no procedimento e a formação do mútuo consenso divergem conforme a celebração é precedida dos procedimentos adjudicatórios, porém esta é uma fase relevante do procedimento, já que pela importância de que se reveste a escolha do co-contratante, já que nele é o adjudicatário se vincula as cláusulas que irão regular o contrato a celebrar e consequentemente a definição de direitos e deveres de uma dessas partes no contrato”⁴⁶. Ou seja, aqui estamos diante de procedimentos fechados em que a entidade adjudicante tem liberdade de escolher os participantes para um dos procedimentos acima referidos.

Nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA⁴⁷, “os procedimentos administrativos concursais traduzem-se na disciplina aplicável aqueles procedimentos em que administração faz o apelo a concorrência para, através do confronto e da oposição entre os diversos participantes, determinar qual é o concorrente com que mais lhe convém ligar-se contratualmente. Trata-se, pois, de um procedimento tendente a formação do mútuo consenso contratual, iniciando por um

⁴⁴ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concurso e outros procedimentos...* ob. cit., p. 29.

⁴⁵ Cf. VASCO MOURA RAMOS, *Comentários à revisão do código dos contratos públicos*, 2º ed, 2018, p. 533.

⁴⁶ Cf., JORGE, ANDRADE, *Código dos contratos públicos...* ob. cit., p. 82.

⁴⁷ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concurso e outros procedimentos...* ob. cit., pp. 29 ss.

convite dirigido aos potenciais interessados em contratar para que se candidatem a serem concorrentes ou mesmo, desde logo, que apresentem as suas propostas em regime concorrencial”.

Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA⁴⁸, o procedimento do concurso inicia-se com a tomada de deliberação ou a decisão de o abrir, embora a formação do contrato apenas se inicia com essa abertura do concurso.

No entendimento de MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “para quem a formação do contrato constitui um procedimento complexo externo, que se inicia com a deliberação tomada pela administração de celebrar um determinado contrato, sendo que todavia no nosso ordenamento jurídico não existe qualquer razão para considerar que o concurso se inicia com a deliberação de abrir o concurso e não com próprio ato de abertura”⁴⁹

Em função do que acabamos de expor, a nosso ver, o concurso inicia com a decisão de contratar, a entidade adjudicante verifica a existência de uma determinada necessidade que tem de satisfazer, antes assegura que tem verba para o efeito e decide satisfazê-la através da prestação a efetuar por um entidade contratante, o procedimento de decisão de contratar apresenta-se como uma iniciativa da administração, nascido de um impulso interior com origem nos serviços e órgãos da entidade adjudicante.

Podemos concluir que os procedimentos de contratação pública estão divididos em duas etapas: a primeira na qual a Administração realiza uma série de ações internas de preparação do processo de contratação. É precisamente no processo de aprovação do procedimento quando se concretizam o procedimento e a forma de adjudicação a seguir, de modo que desenvolver, a partir desse momento; uma segunda etapa em que se iniciam as atuações nas quais participam os interessados na execução do contrato.

2.2.2. Consulta prévia

A consulta prévia é um novo procedimento fechado consagrado no art.º 27.º A, do CCP, “deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para adoção deste procedimento, ou seja, a consulta prévia é o procedimento em que a entidade adjudicante

⁴⁸ Cf. MARCELLO REBELO DE SOUSA. “*O concurso público*” p. 44 e 45.

⁴⁹ Cf. MARGARIDA OLAZABAL. “*Os princípios gerais da contratação pública e o concurso público*” in *estudos de contratação pública*, ed, Coimbra.2008, pp.181ss.

convida pelo menos três entidades à sua escolha a apresentarem propostas, podendo com elas negociar os aspetos do contrato a celebrar, nos termos do art.º 112.º, n.º 1, do CCP”⁵⁰.

Importa aqui realçar que foram introduzidos dois novos tipos de procedimentos: (i) a parceria para a inovação (arts. 218-A.ºss), cuja introdução resulta das diretivas, bem como (ii) a consulta prévia (art.º 112.º ss), cuja introdução resulta de uma opção de controversa, da exclusiva responsabilidade do legislador nacional, em domínio no qual as diretivas não intervêm.

“A consulta prévia parece assentar no ingénuo propósito de promover a concorrência, recuperando algo de semelhante ao regime anterior ao CCP, em que ao lado do ajuste direto, que era feito diretamente a uma única entidade, existiam procedimentos sem publicação de anúncio em que era dirigido convite a várias entidades”⁵¹, ou seja, a consulta prévia é um procedimento sem anúncio, a entidade adjudicante pode convidar, pelo menos, três entidades, para apresentar proposta e negociar os aspetos do contrato a celebrar, ainda assim nem todas as entidades convidadas apresentam proposta.

O órgão da entidade adjudicante pode designar um júri do procedimento ou decidir que o procedimento seja conduzido pelos serviços da entidade adjudicante, nos termos do art.º 67.º, n.º 3; Importa aqui referir que, sempre que é apresentada uma única proposta, compete aos serviços da entidade adjudicante solicitar esclarecimentos, bem como submeter ao órgão adjudicante o projeto de decisão de adjudicação. Nesta situação, não há lugar às fases de negociação e de audiência prévia, nem a elaboração de relatórios preliminares e final, podendo, porém, o concorrente ser convidado a melhorar a sua proposta, nos termos do art.º 125.º n.º 2 do CCP, mesmo que tenha sido instituído o júri, este pode ser dispensado na hipótese de apresentação de apenas uma proposta, nos termos do art.º 67.º, n.º 3.

Nos termos do art.º 113.º, n.º. 2 a 5, (escolha das entidades convidadas), não podem ser convidadas a apresentar propostas entidades que já tenham sido adjudicada no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência da consulta prévia ou ajuste direto adotados, nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do art.º 19.º e do n.º 1 do art.º 20.º, consoante caso, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas

⁵⁰ Cf. VASCO MOURA RAMOS. “*Comentários à revisão do código dos contratos público*” II.ºed, 2018, p.534.

⁵¹Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA. “*Comentários à revisão do código dos contratos públicos...*ob. cit., p. 24.

alíneas.

A questão que se coloca é a seguinte: tendo em conta o referido acima, não estamos perante a uma limitação da concorrência?

Pensamos haver uma limitação da concorrência pelo facto de as entidades que tenham sido convidadas a apresentar propostas nos últimos dois anos e em função do preço contratual acumulado, nos termos acima referido, não poderem ser convidadas a apresentarem propostas. Por força desta limitação, a proibição atinge aquelas empresas que celebraram, por consulta prévia ou ajuste direto, contratos com as mesmas entidades adjudicantes, cuja atividade comercial abranja, por exemplo, a prestação de bens e/ou serviços diversos, neste caso, a superação do montante dos € 75 000 (setenta mil euros), deve ser avaliada autonomamente em relação a cada uma dessas atividades.

2.2.2.1. Análise relativa a Consulta Prévia

O ajuste direto e a consulta prévia têm em comum o facto de serem ambos procedimentos fechados, ou seja, procedimentos em que entidade adjudicante escolhe as entidades a convidar, isto é, as mesmas são livres de escolher as entidades a convidar, nos termos no n.º 1, do art.º 113.º do CCP.

Assim, nos termos do n.º 2 do art.º 113.º não podem ser convidadas a apresentar propostas, entidades às quais a entidade adjudicante já tenha adjudicado no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores na sequência de consulta prévia ou ajuste direto adotados, nos termos do disposto nas alíneas c) e d) do art.º 19.º e alíneas c) e d) do n.º 1, do art.º 20.º, consoante o caso, propostas para a celebração de contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar, cujo preço contratual acumulado seja igual ou superior aos limites referidos naquelas alíneas.

Assim parece-me que a proibição resulta da circunstância de esta apenas vigorar para contratos cujo objeto seja constituído por prestações do mesmo tipo ou idênticas às do contrato a celebrar. Por força desta limitação, a proibição atinge aquelas empresas que celebrem, por ajuste direto e consulta prévia, contratos com as mesmas entidades adjudicantes, cuja atividade comercial abranja, por exemplo, a prestação de bens e ou serviços diversos, celebrados ao abrigo de ajuste direto, contratos de valor superior a € 20 000 (vinte mil euros), e para o procedimento por consulta prévia, quando já lhe tiver adjudicado anteriormente, contratos cujo valor seja superior a € 75 000 (setenta e cinco

mil euros). Na nossa opinião, deve haver, antes, uma avaliação por parte da entidade adjudicante das atividades das empresas convidadas para o efeito.

“No entanto, importa aqui realçar que, por um lado, quando a lei exclui do âmbito da proibição os contratos cujo objeto seja diverso, não pretende significar dois contratos com objetos materiais diversos (dois automóveis idênticos), mas, antes, contratos em que o tipo de prestação não é apenas diverso (um automóvel e um camião), mas é igualmente não idêntico (uma grua e um carro). Por outro lado, o fito da lei é o de atender às prestações objeto do contrato e não tanto ao tipo contratual em causa, pelo que dois tipos contratuais diversos (locação e compra e venda) podem, desde que tenham por objeto prestações similares, ser ambos contabilizados para efeitos da proibição.

A questão essencial consiste, então, em determinar quando é que, para efeitos legais, dois contratos possuem um objeto do mesmo tipo ou análogas, sendo que, na falta de qualquer indicação legal a este propósito, várias soluções poderão ser equacionadas”⁵².

O art.º 81.º alínea f) da CRP estabelece que assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral, pensamos que deve haver aqui uma proteção da concorrência e da igualdade de oportunidades entre os agentes económicos.

JOSÉ DUARTE COIMBRA defende que “o procedimento por consulta prévia, não só garante uma efetiva concorrência (pois continua a ser a Entidade Adjudicante que escolhe quem convida), como implica quer maior complexidade procedimental (face ao ajuste direto) quer um significativo risco de litigioso judicial e, recorde-se, hoje a impugnação judicial de uma decisão de adjudicação na maioria destes contratos implica automaticamente a suspensão do procedimento concursal, por força do art.º 130.º-A do CPTA”⁵³

Julgamos que a consulta prévia é um procedimento pouco concorrencial pelo facto de a Entidade Adjudicante ter a liberdade de escolher três operadores económicos para o efeito, por este motivo, não nos parece benéfico para a concorrência ou para a prossecução do interesse público, pois tem a veleidade de deixar de fora outras entidades com competência técnica e justo preço que poderiam participar do procedimento.

⁵²Cf. MIGUEL PIRES. *Âmbito de aplicação da limitação de liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto*” in Cedripe, n.º3, p.14

⁵³ Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Adjudicação por Lotes no CCP Revisto*, in “Comentários à revisão do código dos contratos públicos 2.º ed, AAFDL, 2018, pp. 484 ss.

Por sua vez, MIGUEL PIRES defende que “uma vez delimitado o alcance da proibição, importa aferir da possibilidade de, sem incorrer na violação da lei, tornear os constrangimentos impostos pelo Código, procurando compatibilizar, por um lado, os desejos de maior informalidade e celeridade por parte das entidades adjudicantes e, por outro, o respeito pelas regras da concorrência e da transparência inspiradoras do texto legal”⁵⁴.

Julgamos que a consulta prévia é um procedimento deve ser lançado apenas pela Administração quando pretenda obter produtos ou serviços cuja complexidade técnica se infira que uns leques muito reduzidos de entidades estariam habilitados a fornecerem ou prestarem.

2.2.3. O concurso público

Em rigor, o concurso público não é o único procedimento para a contratação de bens e serviços dos entes públicos, tendo em conta a sua importância e por ser um instrumento que melhor serve à concorrência, iremos densificar essa modalidade de procedimento sobre a contratação pública.

O concurso Público é o procedimento mais aberto quando comparado com qualquer outra modalidade, pois é aplicável, independentemente do valor estimado do contrato, permite a participação de qualquer interessado, desde que reúna os requisitos exigidos apresentados na proposta, conforme os artsº. 130.º a 161.º do CCP.

“A expressão concurso público serve na linguagem corrente e, mesmo, na linguagem jurídica, para nomear procedimentos abertos por anúncio, com diversas configurações, usada com imprecisão, a designação concurso público engloba o concurso público *stricto sensu* e o concurso limitado por prévia qualificação”⁵⁵.

Deste modo, o concurso público não se confunde com o concurso limitado por prévia qualificação, pois, neste último, primeiro, ocorre a qualificação, ou seja, identificação dos candidatos que irão participar do concurso, pois que, no concurso público, os participantes são aferidos, à partida, como concorrentes.

⁵⁴ Cf. MIGUEL PIRES. *Âmbito de aplicação da limitação de liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste direto*” in Cedripe, n.º3, p.14

⁵⁵ MARGARIDA OLAZABAL.” *Os princípios gerais da contratação pública e o concurso público*” in estudos de contratação pública, ed, Coimbra.2008, p.181.

O procedimento que temos vindo a tratar é concorrencial e, por essa razão, carece de dar-se publicidade através de anúncio publicado no Diário da República, independentemente do valor do contrato a celebrar, sendo, contudo, obrigatório publicitá-lo no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), sempre que for superior aos limiares comunitários, de acordo com os artigos 130.º e 131.º do CCP.

Os anúncios servem propósitos de publicitação e destinam-se a dar conhecimento público da abertura de um determinado procedimento, divulgando alguns dos mais importantes dos seus aspetos e do contrato a celebrar, convidando os operadores económicos a aceder às peças que conformam o procedimento e o contrato para poder manifestar a sua vontade de apresentar, ou não, uma candidatura ou proposta. “Os anúncios são disponibilizados também, na respetiva plataforma eletrónica de contratação pública, de forma livre, completa e gratuita, as peças do procedimento (o programa e o caderno de encargos deve preencher os requisitos definidos nos arts.º 42.º e 132.º do CCP).⁵⁶”

Relativamente à consulta das peças do procedimento, art.º 133.º do CCP, o programa do concurso e o caderno de encargos devem estar disponíveis nos serviços da entidade adjudicante para consulta dos interessados, desde o dia da publicação do anúncio até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas. As peças do concurso devem ser integralmente disponibilizadas, de forma direta, no portal da Internet dedicado aos contratos públicos ou em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante.

Importa referir que, neste procedimento, os operadores económicos começam desde logo por apresentar as propostas, o que significa que não existe uma fase de avaliação da capacidade técnica e/ou financeira dos concorrentes, isto é, não existe nenhuma fase prévia de qualificação dos concorrentes, como sucede com o concurso limitado por prévia qualificação.

Pode-se adotar o procedimento de concurso público sempre que a entidade adjudicante assim o entender. No entanto, nos termos do art.º 474.º do CCP,⁵⁷ os montantes dos limiares, para efeitos de publicação obrigatória de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, previstos no art.º 8.º da Diretiva n.º 2014/23/EU, no art.º 4.º da Diretiva n.º 2014/24/EU e no art.º 15.º da Diretiva n.º 2014/25/EU, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro são os seguintes:

⁵⁶ Cf. PEDRO GONÇALVES. “*Direito dos contratos...* ob, cit., p. 557.

⁵⁷ Cf. Art.º 474.º do CCP. p. 204.

— € 5 225 000, para contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas;

— € 5 225 000, para contratos de empreitadas de obras públicas;

— € 135 000, para contratos públicos de fornecimentos de bens, de prestação de serviços e de concursos de conceção, adjudicados pelo Estado;

— € 209 000, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços específicos.

Contratos celebrados pelos setores das águas, energia, dos transportes e dos serviços postais são os seguintes:

— € 5 225 000, para os contratos de empreitadas de obras públicas;

— € 418 000, para os contratos públicos de fornecimentos de bens, de prestação de serviços e de concursos de conceção;

— € 1 000 000, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços.

Os operadores económicos começam desde logo por apresentar propostas, o que significa que não existe uma fase de avaliação da capacidade técnica e/ou financeira dos concorrentes, isto é, não existe nenhuma fase prévia de qualificação dos concorrentes. Regra geral, os documentos que constituem a proposta são obrigatoriamente redigidos em língua oficial portuguesa.

Os preços constantes da proposta são indicados em algarismos e não incluem o IVA. Os documentos que constituem a proposta devem ser apresentados em plataforma eletrónica utilizada pela entidade adjudicante ou através de meio de transmissão escrita e eletrónica de dados. Só são admitidas propostas variantes nos casos em que o programa do procedimento o permite e, caso o concorrente apresente uma proposta variante, é obrigado a apresentar a proposta base.

O prazo mínimo para a apresentação das propostas em concursos públicos, sem publicidade internacional, não pode ser inferior a seis dias, bem como de um procedimento de formação de um contrato de empreitada de obras públicas, não pode ser fixado um prazo para apresentação das propostas inferior a 14 dias a contar da publicação do anúncio, art.º 135.º do CCP.

Relativamente ao prazo mínimo para a apresentação das propostas em concursos públicos com publicidade internacional, previsto no art.º 136.º do CCP, deve ter-se em conta o seguinte:

1 - Não pode ser fixado um prazo para a apresentação das propostas inferior a 30 dias a contar da data do envio desse anúncio ao Serviço das Publicações Oficiais da União Europeia;

2 - Quando tenha sido publicado o anúncio de pré-informação ou o anúncio periódico indicativo, e desde que o mesmo contemple as prestações objeto do contrato a celebrar, o prazo mínimo é de 15 dias desde que:

a) O anúncio de pré-informação tenha sido enviado para publicação com uma antecedência mínima de 35 dias e máxima de 12 meses em relação à data do envio do anúncio;

b) O anúncio de pré-informação tenha incluído todas as informações, disponíveis à data da sua publicação, exigidas nos termos da parte B do anexo V da Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro.

Desde logo, o CCP (art.º 149.º a 159.º), no concurso público, permite a existência de uma fase de negociação das propostas nos casos de contratos de concessão de obras públicas ou de concessão de serviços independentes do valor do contrato a celebrar, na formação de contratos de obras públicas cujo valor seja inferior aos limiares previstos na alínea a), do n.º 3, do art.º 474.º e na formação de contratos de locação ou aquisição de bens e aquisição de serviços cujo valor seja inferior ao limiar na a alínea b), do n.º 3, do art.º 474.º.

Por outro lado, independentemente do acima referido, qualquer fase de negociações, mesmo que legalmente admissível, tem sempre de ser prevista *ab initio* das peças do procedimento, conforme estabelece o art.º 151.º, n.º 1, do CCP, caso assim não aconteça, estaríamos a violar o princípio da tipicidade procedimental, além de potencialmente desvirtuar a concorrência.

Segundo Pedro Costa, “a fase de negociação dos atributos da proposta, é aberta a todos os concorrentes não excluídos ou restringidos e àqueles cujas propostas foram ordenadas nos lugares primeiros, na sequência desta negociação, serão apresentadas as propostas finais”⁵⁸.

Relativamente ao acima exposto, não vislumbramos na Lei dos Contratos Públicos angolana (LCP), no seu art.º 89.º, que passamos a citar “no caso de o concurso integrar

⁵⁸ Cf. *Ibidem*... p. 558.

uma fase de negociação de propostas, são selecionadas para essa negociação, consoante o disposto no programa do concurso:

- a) todas as propostas que não padeçam de qualquer causa de exclusão;
- b) apenas as propostas ordenadas nos primeiros lugares, em número correspondente ao fixado no programa do concurso, salvo se o número de propostas não excluídas for inferior.”⁵⁹

Será que não estamos perante a violação do princípio da transparência?

Neste sentido, PEDRO GONÇALVES defende que “o princípio da transparência tem essencialmente a finalidade de garantir a ausência de qualquer risco de favoritismo ou de arbítrio da parte da entidade adjudicante”⁶⁰, ou seja, a obrigação da transparência destina-se, garantir a ausência de riscos de favoritismos por parte da entidade adjudicante, contudo todos os aspetos levados a concorrência devem estar de forma clara e concisa nas peças do procedimento para que não hajam dúvidas.

A ausência dos aspetos a serem negociados nas peças do procedimento pela entidade adjudicante podem gerar eventuais conflitos de interesses e, consequente, violação do princípio da imparcialidade consagrado no art.º 1.º A.CCP e no Código do procedimento Administrativo art.º 9.⁶¹ estabelece que a administração deve tratar de forma imparcial aqueles que com ele entrem em relação, designadamente, considerado com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório adotando soluções indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção, ou seja, o princípio da imparcialidade obriga a administração pública a atuar de forma isenta com todos os particulares com que se relacione.

Porém, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA defendem que “se estiver em causa a violação de normas ou princípios constitucionais pelas próprias peças do procedimento com carácter normativo e note-se que, quando elas infringem simultaneamente princípios ou normas postas na Constituição e na lei, como sucede com os princípios do art.º 266.º n.º 2, da CRP, e também os consagrados nos arts.º 3.º ss. do CPA, o que prevalece, em termos de fiscalização, é a violação da norma de grau superior se estiverem em causa peças do procedimento

⁵⁹ Cf. Lei n.º 9/16, de 16 de junho, «*Lei dos contratos públicos angolana*»

⁶⁰ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES. “*Direito dos contratos...* ob. cit., p. 368

⁶¹ Cf. Art.º 9.º do Código do procedimento Administrativo, p.102.

inconstitucionais, dizia-se, a questão do respetivo controlo jurisdicional torna-se complexa”⁶²

Todavia, “os procedimentos concorrências com negociação deverão ser acompanhados de salvaguarda adequada que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Em especial, as autoridades adjudicantes deverão indicar de antemão os requisitos mínimos que caracterizam a natureza do concurso e que não deverão ser alterados durante as negociações”⁶³, ou seja, a promoção da concorrência impõe-se à igualdade de tratamento e a não-discriminação entre os operadores económicos e a realização de procedimentos abertos e transparentes que possibilitam uma adjudicação objetiva. Deste modo, disciplinam-se aspetos como os tipos, qualificação e seleção dos operadores económicos, os prazos para apresentação e entrega das propostas, os anúncios e documentação, os critérios de adjudicação, e ainda a fundamentação e informação relativa à adjudicação, logo os concorrentes, desde o início do procedimento, devem ser informados dos aspetos a serem negociados na proposta.

Pensamos que o legislador angolano não foi claro relativamente aos aspetos a serem negociados, seria pertinente que todos os concorrentes tenham conhecimento destes aspetos a partir do caderno de encargos submetidos à concorrência previamente identificados no programa do concurso, de forma clara e objetiva, por formas a evitar possíveis surpresas aos concorrentes ou eventuais favorecimentos aos concorrentes que participam desta fase.

2.4. Decisão de contratar e de autorização da despesa

2.4.1. Enquadramento

Antes da decisão de contratar, na nossa opinião, deve haver uma necessidade da administração, logo implica uma escolha do procedimento em função do objeto do serviço a contratar.

Importa referir que o CCP, além do critério do valor e o critério material, prevê critérios específicos para a escolha de determinados contratos, conforme estabelece o art.º

⁶² Cf MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA., *Concurso e outros ...* ob, cit., p. 48.

⁶³ Considerando n.45, da Diretiva/2014/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

31.º do CCP (escolha do procedimento em função do tipo do contrato), bem como o art.º 32.º (escolha do procedimento para a formação de contratos mistos) e art.º 33.º (escolha do procedimento em função da entidade adjudicante).

É oportuno referir que as entidades adjudicantes, que geram despesa, devem prever no seu orçamento a verba para a realização da referida despesa, sempre que o contrato implique a realização de um gasto, sendo que a cabimentação da verba orçamentada constitui um dos aspetos que incide na fiscalização prévia do Tribunal de Contas.

Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, “a fase inicial de um qualquer procedimento de formação de um contrato público é o momento privilegiado para a integrar as considerações ambientais e sociais, a decisão de contratar, a definição das necessidades a satisfazer através do contrato, a delimitação do objeto do contrato a celebrar são momentos decisivos, nos quais devem ser chamados à colação as considerações sociais e ambientais”⁶⁴.

A alínea d), do n.º 2, do art.º 75.º, do CCP estabelece que a sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados. Considerando ainda que as entidades adjudicantes não têm a obrigação de submeter os aspetos ambientais à concorrência. Neste sentido, as Diretivas de 2004 continuaram a não dar um importante passo: a adoção de critérios ambientais e sociais como critérios de adjudicação em si próprios, apenas se admitindo os mesmos no âmbito da proposta economicamente mais vantajosa.⁶⁵

Porém, este importante passo foi agora dado com as Novas Diretivas”⁶⁶, significando isto que, dentro do critério custo, passam a considerar-se não só as despesas diretas, mas também os custos ambientais externos.

Nos termos do art.º 18.º CCP, a Administração pode escolher livremente entre os procedimentos de concurso público, concurso limitado por prévia qualificação e ajuste direto. Em regra, a Administração goza de discricionariedade na escolha do procedimento pré-contratual.

⁶⁴ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos*, ed. Almedina, 2018, p. 430.

⁶⁵ Cf. DIOGO DUARTE DE CAMPOS, “A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de factores ambientais e sociais” pp. 154 e 155.

⁶⁶ Cf. Arts. 66.º e 67.º n.º 1 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos.

Porém, a escolha do tipo de procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar, que não pode ultrapassar determinados limites fixados no art.º 17.º e seguintes do CCP. A razão de ser desta condição é simples de entender: quanto maior for a dimensão financeira do contrato, maiores são as exigências impostas pelo princípio da concorrência e, por isso, mais solene e formalizado deverá ser o procedimento pré-contratual aplicável.

Contudo, não é isto que nos diz a realidade dos factos. Na verdade, e invertendo o que vem referido na letra da norma, é o valor do contrato que acaba por influir na escolha do procedimento contratual a adotar e não o contrário, já que o fim contratualmente pretendido está relacionado com o valor do contrato e como tal, para que o mesmo seja alcançado, é preciso cumprir com todos os formalismos exigidos, desde logo a escolha adequada do procedimento pré-contratual aplicável. Analise-se agora as situações em que o benefício económico do adjudicatário não é quantificável no momento da formação do contrato, como estabelece o art.º 17.º, n.º 4 do CCP.

2.4.2. A decisão de contratar

O Procedimento de formação de qualquer contrato se inicia com a decisão de contratar, a qual deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (art. 36.º n.º 1, CCP). Esta decisão deve basear-se numa correta avaliação das necessidades de interesse público que justificam a celebração do contrato em causa.

Pensamos que a decisão de contratar, enquanto ato interno de uma entidade adjudicante com legitimidade para celebrar o contrato, é da competência do órgão a quem a lei confere poderes para o efeito, quando estão em causa contratos que envolvam o pagamento de um preço com dinheiros públicos afetos a entidade adjudicante, logo surge a necessidade da autorização da respetiva despesa, que cabe ao órgão com poderes para conceder essa autorização no montante da despesa a realizar como se previu no art.º 36.º n.º 1 do CCP: “o órgão competente da entidade adjudicante inicia um procedimento de formação de um contrato público, apresentando-se a mesma como primeiro momento e o primeiro ato de uma série de atos e de diligências que vão ser praticados em vista da celebração do contrato, ou seja, a decisão de contratar é um ato inicial, que surge como um ato final, uma vez que se apresenta igualmente como momento conclusivo e final de um procedimento em que a entidade adjudicante atesta a existência de uma determinada

necessidade que tem de satisfazer, assegurar-se de que não dispõe de recursos internos para o efeito e decide satisfazê-la através da prestação a efetuar por um contratante”.⁶⁷

Com esta decisão de contratar, estamos perante a uma necessidade da entidade adjudicante a qual a mesma não está em condições de a satisfazer, para o efeito, decide contratar um operador económico para ver satisfeito as suas necessidades, sendo que a celebração de um contrato pressupõe, naturalmente, um ato decisório nesse sentido a ser emitido pela entidade adjudicante, trata-se da decisão de contratar, o “o ato unilateral pelo qual é constatada a necessidade ou conveniência de obter ou ceder ao mercado certos bens ou serviços; o órgão competente para comprometer a entidade adjudicante financeiramente, se houver lugar ao pagamento de um preço pela entidade adjudicante ou contratante, caso contrário decide abrir um procedimento para determinar com quem e em que condições concretas será celebrado o correspondente contrato”⁶⁸.

Entendemos que este ato implica direta e necessariamente duas decisões subsequentes a decisão de autorizar a despesa e a decisão de se pôr em marcha o respetivo procedimento legal conducente a essa celebração e a sua escolha. Em regra, a competência para proferir estas decisões cabe à mesma entidade que também, em regra, o faz num único ato decisório. Também, são decisões que tanto podem ser tomadas separadamente como em simultâneo.

De salientar que MARCELO REBELO DE SOUSA “distinguia entre a formação do contrato, que se inicia em regra com abertura do concurso, e o procedimento administrativo que se iniciava com a decisão ou deliberação de contratar e da escolha do procedimento de adjudicação terminando com a decisão ou deliberação de proceder ou não proceder a adjudicação, igualmente nos termos legais.”⁶⁹.

SÉRVULO CORREIA defende que “outros consideravam que o procedimento adjudicatório se inicia com a decisão de contratar”⁷⁰. O início da tramitação legal de cada um dos procedimentos adjudicatários é precedido e preparado por conjunto de atos cuja prática é legalmente imposta e que compreendem designadamente a tomada da decisão

⁶⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...* ob. cit., p. 393.

⁶⁸ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA. “*Concurso e outros ...* ob. cit., p. 778.

⁶⁹ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA *O concurso público na formação do contrato administrativo*, 1994.p. 43 ss.

⁷⁰ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia...*p. 656.

ou deliberação de um contrato à aprovação da despesa pela entidade, para isso competente à definição de objeto e fim do contrato a celebrar.

Nas palavras de MIGUEL RAIMUNDO, “com esta decisão de contratar, a entidade adjudicante assume que tem mais do que uma mera intenção de celebrar o contrato. A partir daqui, sabe-se que a entidade adjudicante vai levar a cabo a celebração do contrato a não ser que a celebração do contrato venha cessar por qualquer causa: por exemplo, por caducidade (por exemplo por um ato-condição do qual ela depende não vem a verificar-se), ou se for revogada por se ter concluído que já não há interesse no contrato, ou porque, apesar dos esforços da entidade adjudicante, não apareça ninguém que queira contratar consigo”⁷¹. É nosso entendimento, que após a tomada de decisão de contratar há lugar a um conjunto de atos internos preparatórios da abertura do procedimento dos candidatos ou concorrentes designadamente a elaboração do programa do procedimento e a sua publicitação em função do procedimento a ser adotado.

Será que podemos afirmar que a decisão de contratar é um ato administrativo da entidade adjudicação, pois estamos perante a uma necessidade da entidade adjudicante e essa, por sua vez, pretende satisfazê-la com a celebração de um determinado contrato?

Para podermos estar perante um ato administrativo, necessário seria que todos os elementos caracterizadores da sua definição estivessem presentes, ou seja, é necessário que estivéssemos perante uma estatuição autoritária, relativa a um caso concreto, manifesta por uma entidade adjudicante no uso de poderes do Direito Administrativo, em que se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos.

Vejamos então a definição do ato administrativo. Como elemento deste conceito, englobamos um ato jurídico, unilateral, “um ato de um órgão administrativo, um ato materialmente administrativo, um ato decisório, e um ato que versa sobre uma situação individual e concreta.”⁷²

“consideram necessário ou conveniente explicitar na própria definição de ato administrativo que este pode consistir numa declaração de vontade, de desejo de conhecimento ou de juízo. Parece-nos, porém, que todas essas modalidades se encontram abrangidas na noção de ato jurídico, pelo que só complicaria mais a definição

⁷¹Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos. “Uma concorrência ajustada ao interesse público”* ed. AAFDL, 2013, p.773.

⁷² Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL. *Curso de Direito Administrativo vol I*, 2ª ed., Almedina, 2005, p. 210.

sobrecarregá-la com tantas especificações. Até porque, metodologicamente, uma definição correta não se faz pela enumeração individualizada das espécies em que a figura se desdobra, mas pela referência ao género que a todas engloba”⁷³.

Nesta perspetiva, PEDRO GONÇALVES defende que “a decisão de contratar, em si mesma, é um ato interno, sem projeção fora da esfera jurídica da entidade adjudicante, converte-se num ato externo e assim em ato administrativo impugnável quando se revela para o exterior através do anúncio ou do convite à apresentação de propostas.”⁷⁴, ou seja esta declaração de vontade, até certo momento, fica somente na esfera jurídica da entidade contratante, o que não carece de publicidade; assim estamos perante um ato interno da entidade adjudicante que esgota os seus efeitos jurídicos nela e quando a entidade adjudicante solicita propostas ou através de um anúncio alcançado o estatuto do ato administrativo, aí a decisão de contratar pode ser judicialmente impugnada, por ilegalidades próprias da decisão de contratar “falta de autorização ou de cabimentação da despesa, a falta de estudo prévio exigido no art.º 36.º n.º 3, a falta de base legal, a infração de uma proibição legal de contratar no caso específico”⁷⁵.

De acordo ao CCP, sempre que a entidade adjudicante tomar a decisão de contratar terá de solicitar autorização para o efeito. Assim sendo, “não cabe, pois, negar a natureza decisória da decisão de contratar, leia-se a sua natureza de ato administrativo. Trata-se mesmo de um ato administrativo essencial à existência de um procedimento de formação de um contrato, pois não existe um único caso onde o CCP dispense a existência de decisão de contratar para a validação do procedimento de formação”⁷⁶.

É nosso entender que a decisão de contratar é um ato administrativo com efeitos externos, todavia, a decisão de contratar tem sempre implícita uma autorização, a falta de decisão de contratar corresponde a uma situação de “preterição total do procedimento legal exigido”⁷⁷, nos termos do art.º 161.º, n.º 1, alínea l), do CPA.

⁷³ *Ibidem*..., p. 211.

⁷⁴ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos* ... ob. cit., p. 430.

⁷⁵ Cf. *Ibidem*... p. 431.

⁷⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos*... ob. cit., p. 775.

⁷⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos*... ob. cit., p. 420.

2.4.3. A decisão de escolha do procedimento

Na decisão de contratar, deve-se a uma necessidade por parte da entidade adjudicante (interesse público), que pretende ser satisfeita e determina-se a iniciar um procedimento pré-contratual à sua escolha, conforme estabelece o n.º 1, do art.º 16.º do CCP. Todavia, a decisão de escolha de procedimento está plasmado no art.º 38.º do CCP, (*A decisão da escolha de procedimento de formação de contratos, de acordo com as regras fixadas no CCP, deve ser fundamentada e cabe ao órgão competente para a decisão de contratar*), importa salientar que se trata de um ato que surge depois da decisão de contratar.

A escolha do procedimento para a formação de contratos resulta do art.º 18.º do CCP, que constitui uma das primeiras tarefas que recaem sobre as entidades adjudicantes que termina com a escolha de um agente económico para celebração de um contrato, conforme estabelece o n.º 2, do 16.º do CCP. A partir deste momento da escolha do procedimento de seleção do co-contratante, que pode não ser o mesmo da decisão de contratar. “Na verdade, importa ter presente que a escolha dos procedimentos pré-contratuais constitui uma das primeiras salvaguardas na concretização do princípio da concorrência, desde logo porque tal escolha concretiza a tipologia de procedimento”⁷⁸ “adotada (aberto/ semiaberto/ fechado) pela entidade adjudicante, condiciona a amplitude de participação dos operadores económicos”.⁷⁹

Por um lado, entende-se, na doutrina, que a decisão de escolha do procedimento caracteriza-se por ser um ato interno da entidade adjudicante, ou seja, impugnável, convertendo-se em ato externo quando acompanhado de anúncio ou convite à apresentação de propostas”⁸⁰. Por outro lado, importa referir que não é pacífico o entendimento sobre o carácter vinculativo ou discricionário da decisão que materializa a escolha do procedimento.

Com efeito, se para a jurisprudência a decisão de escolha de um procedimento pré-contratual não envolve por parte da entidade adjudicante o exercício de um poder

⁷⁸ Sobre o assunto Cf. JOÃO FILIPE GRAÇA, *A escolha dos Procedimentos Pré-contratuais CCP Revisto*, in “Comentário á revisão do código dos contratos públicos”, ed. AAFDL, 2018, p. 342 ss. cf, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...* ob. cit., pp. 89 ss;

⁷⁹Cf. *Ibidem...*p. 343.

⁸⁰PEDRO GONÇALVES “*Direito dos contratos públicos...* ob. cit., p. 190.

discrecionário, mas sim o exercício de um poder vinculado”⁸¹, ou seja, estamos perante um caso de discricionariedade em que a entidade adjudicante tem a liberdade de escolher um dos procedimentos legais acima referidos.

2.4.5. Decisão de autorização da despesa

Relativamente a autorização da despesa inerente ao contrato a celebrar, os contratos públicos criam obrigações de pagamento para as entidades adjudicantes, ou seja, a celebração de um contrato corresponde à realização de uma despesa, trata-se de uma regra que conhece exceções, de fato, há contratos públicos que não pressupõe o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, acontece que, quando o contrato a celebrar não implica o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito, nos termos da respetiva lei orgânica ou dos seus estatutos. (artigos. 36.º, n.º 2, 47.º, n.º 2, 88.º, n.º 1, 89.º, n.º 3 e 109.º, n.º 3).

Importa salientar que as entidades adjudicantes, que geram despesa, devem prever no seu orçamento a verba para a realização da referida despesa, sempre que o contrato implique a realização de um gasto, sendo que a cabimentação da verba orçamentada constitui um dos aspetos que incide a fiscalização prévia do Tribunal de Contas. “Os órgãos competentes para a autorização de despesa na administração do Estado e nas autarquias locais continuam a constar dos artigos 16.º a 29.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho — normas expressamente não revogadas pelo Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29, de Janeiro, Lei da aprovação do CCP; apesar do art.4.º do Decreto-Lei 197/99 não ter sido excecionado da revogação, deve entender-se que as normas sobre a autorização de despesa se aplicam, igualmente, aos contratos de empreitadas de obras públicas”.⁸²

Todavia, importa realçar que os valores estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 197/99 estão hoje bastante desatualizados. Além disso, o regime do diploma que ainda subsiste se apresenta incompleto. Compreendeu-se, assim, a aprovação, em 2011, do Decreto-Lei 40/2011, de 22 de Março, sobre “o regime da autorização da despesa inerente aos contratos públicos a celebrar pelo Estado, institutos públicos, autarquias locais, fundações públicas, associações públicas e empresas públicas”, porém, por razões políticas, a

⁸¹Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, 08.10.10, proc. n.º 3003/09.6BEPRT, disponível em www.dgsi.pt

⁸² Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos...* ob. cit., p. 401.

Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011, de 11 de abril, determinou a cessação da vigência daquele diploma.

São órgãos competentes para autorizar despesas no âmbito da Administração Pública estadual, em regra, contratos até um determinado valor, “o valor estimado do contrato” os diretores gerais ou equiparados, os órgãos máximos dos serviços com autonomia administrativa, órgãos máximos dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira, com ou sem personalidade jurídica, os Ministros, o Primeiro Ministro, o Conselho de Ministro sem limite de valor.

No âmbito das autarquias locais, são competentes os presidentes de câmara e os conselhos de administração dos serviços municipalizados, quanto a contratos, até um determinado valor e sem limite de valor, as câmaras municipais, as juntas de freguesia, o conselho de administração das associações de autarquias locais e o órgão executivo de entidades equiparadas a autarquias locais. Em relação às competências das câmaras municipais e das juntas de freguesia (sem limite de valor), referente a compromissos plurianuais, está sujeita a autorização prévia da assembleia municipal, quando envolvem entidades da administração local e da assembleia de freguesia, quando estejam em causa freguesias.

A decisão de contratar pode estar implícita na decisão de autorização da despesa, segundo o que dispõe o n.º 1 do artigo 36.º CCP. O que a lei pretende dizer é que, nos casos em que não exista como decisão documentada autonomamente, deve se considerar que a decisão de contratar se encontra implícita na decisão de autorização da despesa, ou seja, a decisão de contratar está implícita na autorização de realização da despesa, todavia tal faculdade não consiste em aliviar as exigências formuladas em relação à decisão de contratar, mas apenas em dispensar uma formalidade autónoma desta decisão, que na prática se dá num único momento.

Nos termos do artigo 36.º, n.º 2, CCP, quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito, nos termos da lei orgânica ou dos seus estatutos. “Se a lei orgânica ou os estatutos da entidade adjudicante nada estabelecerem sobre este assunto e para o caso de o contrato a celebrar envolver o pagamento de um preço, o CCP esclarece que a decisão de contratar cabe ao órgão competente para autorizar a despesa

gerada pelo contrato artigo 36.º, n.º 1, como já visto, constitui uma norma de esclarecimento”⁸³

O art. 37.º do CCP estabelece que, quando o contrato a celebrar por uma das entidades adjudicantes referidas nas alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do n.º 1 do art.º 2.º configure, nos termos da legislação própria, uma parceria público-privada, a decisão de contratar compete, conjuntamente, ao ministro ou membro do Governo Regional responsável pela área das finanças e ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela setorial, consoante o caso.

Nos termos do n.º 3, do art.º 109.º, a delegação de competência para a decisão de contratar implica a delegação das demais competências do órgão competente para a decisão de contratar atribuídas pelo CCP, exceto daquelas que o delegante expressamente reserva para si.

Importa ainda referir que a competência para a decisão de contratar não se confunde com a competência para contratar, a qual refere à competência para a outorgar ou celebrar o contrato, conforme estabelece o art.º 106.º do CCP.

Concluimos que todos os tipos de procedimentos pré-contratuais, independentemente do objeto do contrato a celebrar, se iniciam com uma decisão de contratar. Esta decisão é tomada na sequência (i) da verificação, por parte da entidade adjudicante, da existência de uma necessidade, (ii) da sua completa caracterização e (iii) da identificação do meio ou instrumento, entre outros elementos adequados à sua satisfação, o qual consistirá no objeto do contrato a celebrar.

A decisão de contratar cabe ao órgão competente (por lei ou por delegação) para a decisão de autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar. Caso o órgão competente apenas profira a decisão de autorizar a despesa, o CCP considera que a decisão de contratar está nela implícita.

Quando o contrato a celebrar não implicar o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, a decisão de contratar cabe ao órgão desta que for competente para o efeito nos termos da respetiva lei orgânica. O órgão competente para a decisão de contratar é ainda competente para tomar a decisão de escolha do procedimento (que deve ser fundamentada) e a decisão de aprovação das peças do procedimento.

⁸³ Cf. *Ibidem*... p. 404.

2.5. Requisitos da adjudicação por lotes

O exercício da faculdade de dividir ou não em lotes cabe por natureza as entidades adjudicantes, relativamente ao objeto e valor do contrato. O primeiro requisito da adjudicação parcelada é naturalmente o de diversos lotes (estrutural ou funcionamento idêntico), sejam económicos identicamente cindíveis (cindibilidade, é uma construção doutrinária e jurisprudencial, é concebido como a possibilidade de separar), sem o que não poderiam realizar-se a causa jurídica desse, loteamento isto é adjudicação separada a diferentes adjudicatários de cada uma das prestações ou parcelas do objeto do procedimento em função das valias das propostas por eles apresentados para cada lotes⁸⁴.

A cindibilidade própria do recurso à figura da adjudicação por lotes corresponde, pela inversa da incindibilidade das prestações de que depende legalmente a possibilidade de utilizar a figura de contratos mistos, art.32.º n.º. 1, do CCP⁸⁵, (contrato cujo objeto é integrado por prestações típicas de vários contratos nominados)⁸⁶, para que seja legalmente possível a celebração de contratos mistos é necessário que as respetivas prestações, dos pontos de vista técnico e funcional, sejam incindíveis ou a individualização das prestações para efeitos de celebração dos respetivos contratos cause grande prejuízo para o interesse público.

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO sustenta que, para que haja celebração de um contrato misto é necessário que as prestações do contrato, correspondentes a tipos contratuais diferentes, se apresentam numa relação de incindibilidade técnica funcional, ou em alternativa, que a sua separação em contratos (e em procedimentos de formação), diferentes origine graves inconvenientes para a entidade adjudicante⁸⁷, ou seja estamos perante um fator técnico ou funcional, portanto não é possível a sua separação, por fatores técnicos, ou é possível a sua separação e prejudicar o interesse público por motivo de ordem económica.

⁸⁴ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Os princípios gerais da contratação pública*”, in “*Estudos da contratação pública*”, Vol. I. editora 2008, pp. 1020,1021.

⁸⁵ Só é permitida a celebração de contratos mistos se as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, se a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante.

⁸⁶ Cf. JORGE ANDRADE, *Dicionário dos contratos públicos*, II ed. Coimbra, 2018. P. 202.

⁸⁷ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, A formação dos contratos. “*Uma concorrência ajustada ao interesse público*” ed. AAFDL, 2013, p.1057.

O segundo requisito, também imprescindível da adjudicação por lotes é o que sua possibilidade venha prevista no programa do procedimento (art. 46.º A nº.1 do CCP)⁸⁸ e que ademais, se enumerem todas as regras específicas aplicáveis as propostas (é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e modo pela qual se predispõe a fazê-lo)⁸⁹ a apresentar para cada lote, como resulta do art.º 62.º do CCP, nesta mesma proposta o concorrente vincula-se ao cumprimento das prestações e contraprestações que constituem a sua condição de celebração do contrato se vier a ser-lhe adjudicado um dos lotes.

No caso da entidade adjudicante entender, que no mesmo procedimento as alternativas da adjudicação por lotes e da adjudicação global que tenha por vista uma parte ou mesmo todos os lotes submetidos a concurso, a sua possibilidade parece confirmada pelo legislador admitir expressamente a combinação de lotes para o efeito⁹⁰, devendo os concorrentes, portanto, apresentar várias propostas separadas para o caso de lhes ser adjudicado apenas um dos lotes e outra para a execução em conjunto e todos eles, exige-se que tal alternativa se encontre expressamente admitida no programa do procedimento e que se fixe neste, para além das regras específicas aplicáveis à avaliação e ordenação de cada lote, os critérios (que não podem depender de uma opção livre da entidade adjudicante) que presidirão à opção entre a adjudicação global e adjudicação e adjudicação parcelada que se procederá à adjudicação do contrato respeitante a cada lote. Por força do art 81.º n.2, do CCP, no caso de adjudicação de um lote de uma obra que não seja funcionalmente autónoma desta, o respetivo adjudicatário deverá apresentar titularidade do alvará e certificado de empreiteiro de obras públicas, que revelem possuir habilitações necessárias à execução dos trabalhos da totalidade da obra, não se descortinando qual é exatamente a razão de ser da exigência legal⁹¹.

Para além desses requisitos há um dever de fundamentação prévia acrescido da decisão da celebração do contrato de adjudicação por lotes, tal fundamentação parece dever integrar o conteúdo da própria decisão de contratar, pois é esse ato que define o objeto da necessidade a satisfazer mediante o recurso ao mercado.

⁸⁸ Art.46.º A nº.1, As entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes.

⁸⁹ Art.56.º do CCP.

⁹⁰ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. IV. n.º 2, 2017, p.26.

⁹¹ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Os princípios gerais da contratação pública*”, in “*Estudos da contratação pública*”, Vol. I. editora 2008, p. 1020.

2.5.1. O dever de não fundamentação na divisão da contratação por lotes

Relativamente a aplicação das regras da contratação pública, importa destacar a transposição da noção comunitária de organismo de direito público, em consonância com o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária e portuguesa, promovendo-se, assim, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos.

Contudo, não podemos deixar de assinalar que a conceção deste novo e ambicioso organismo tem diferenças, mesmo que pontuais, a nível nacional.

Note-se que, pela análise da jurisprudência nacional e do nosso Código, facilmente se percebe que os organismos de direito público, englobam tudo o que esteja excluído da Administração Tradicional. Todas as entidades que fazem parte da denominada Administração Tradicional, designadamente, o Estado, as Regiões Autónomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos, as Fundações Públicas (dependendo do seu objeto) e as Associações Públicas estão excluídas deste conceito.

Nos termos do art.º 46.ºA, n.º 3⁹², estão isentas do dever de fundamentar a opção de não dividir o procedimento em lotes as entidades adjudicantes “sectores especiais”, classe que integra, quer as que, não sendo entidades adjudicantes nos termos do art.º 2.º do CCP, se reconduzem a um dos tipos de entidades específicas dos sectores especiais recortados no art.º 7.º, quer os organismos de direito público que, nos termos do art.º 12.º atuem nos sectores especiais, a solução é coincidente com a acolhida pelas próprias Diretivas e parece não ter outra justificação que não seja de refletir, também no domínio da adjudicação por lotes⁹³.

A norma que se extrai do n.º 2, do art.º 46.ºA abrange, por isso, qualquer uma das classes de entidades adjudicantes identificadas no art.º 2.º, isto é, as comumente ditas “entidades do setor público tradicional” n.º 1 e os organismos de direito público n.º 2. Mas não só o dever de fundamentar a opção pelo não fracionamento incidirá, também, sobre quaisquer outras entidades que, mesmo não se reconduzindo a qualquer uma dessas categorias, se encontrem vinculadas a aplicar, integralmente, a parte II do CCP.

⁹² As entidades adjudicantes dos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais estão isentas do dever de fundamentação a opção de não fundamentar o desdobramento.

⁹³ Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA “*Comentários à revisão do código ...* ob. cit., p. 506.

2.5.2. Situações que possam vir ocorrer a um dos seus lotes

Na adjudicação por lotes, o bem objeto do procedimento é adjudicado na totalidade, mas divididos em várias parcelas autónomas e previamente autonomizados nas peças do procedimento, que podem ser atribuídas a diversos concorrentes. Supomos que foram adjudicados 3 lotes a um concorrente e um dos lotes tenha problemas suspende-se os restantes lotes? Nem sempre é fácil determinar os procedimentos loteados, como é que se repercute em cada uma das suas parcelas, os incidentes que afetam um dos lotes, é verdade que o procedimento é um só (não há tantos procedimentos quanto os lotes previstos), mas isso não significa que as situações que ocorrem por causa de um lote é que determinam a sua demora ou suspensão, se reflitam nos outros lotes, impedindo o seu desenrolar normal. Pensamos que a regra, seria a independência de cada lote, sendo que cada lote dará lugar a uma adjudicação e consequente celebração de um contrato para cada lote, a regra é a de que “os atos e decisões relativos a cada lote são independentes e não prejudicam a validade e eficácia das decisões sobre o outro lote ou a respetiva tramitação, sendo que a referida independência se estende à própria adjudicação e celebração dos contratos respeitantes a cada lote.”⁹⁴

O artigo 73.º, n.º 2 do CCP estabelece que, quando seja feita uma adjudicação por lotes nos termos do art.º 46.ºA, pode existir uma decisão de adjudicação para cada lote, podendo, tais decisões podem ocorrer em momentos distintos. “Este desfasamento temporal pode ter sido pretendido e previsto pela entidade adjudicante, mas pode igualmente resultar de um atraso na tramitação respeitante a um dos lotes. Em virtude desta norma, é hoje, pois, evidente que a autonomia das decisões de adjudicação é também temporal.”⁹⁵

A impugnação judicial de uma adjudicação respeitante a um dos lotes, realizada no âmbito de um contencioso pré-contratual que siga a forma de ação administrativa urgente, não determina, nos termos do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, a suspensão automática dos efeitos de atos de adjudicação ou da execução de contratos relativos a outros lotes, conjugado com o art.º 272.º n.º 2, CCP, que estabelece enquanto as impugnações administrativas não forem decididas ou não tiver decorrido o prazo para a

⁹⁴ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “Concurso e outros procedimentos de contratação pública”, pp. 1023, 1024.

⁹⁵ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “Revista eletrónica de direito público”, vol. 4. n.º 2, 2017, p.18.

respetiva decisão, não se pode proceder: à decisão de qualificação; ao início da fase da negociação e à decisão de adjudicação.⁹⁶

O problema coloca-se nos casos em que, por se admitir estabelecer um número máximo de lotes a adjudicar ao mesmo concorrente, existe uma ligação ou interdependência entre os diferentes lotes. Com efeito, como a possibilidade de uma adjudicação combinada ou de uma limitação do número de lotes a adjudicar a um mesmo concorrente pode fazer com que os resultados, em diversos lotes a concurso ou mesmo em todos, sejam completamente diferentes dos que existiriam se a adjudicação se fizesse lote a lote sem tal limite.⁹⁷ Neste cenário, o atraso na análise e avaliação das propostas apresentadas no âmbito de um lote pode impedir a ordenação das propostas no âmbito de um outro lote (porque, por exemplo, não se sabe, ainda, se é ultrapassado o número máximo de lotes a adjudicar ao mesmo concorrente) ou até em todos os lotes (quando é admitida uma adjudicação combinada). Acresce que, a necessidade de excluir uma proposta, que tenha sido ordenada em primeiro lugar em algum dos lote alterando a ordenação das propostas em diversos ou mesmo em todos os lotes em disputa. Neste cenário, pode revelar-se impossível proceder a qualquer adjudicação autónoma sem que antes esteja definitivamente firmada pela entidade adjudicante a ordenação respeitante à totalidade dos lotes⁹⁸.

Esta ligação ou interdependência entre os diferentes lotes colocará algumas dificuldades em matéria processual. Na verdade, não é de afastar a possibilidade de um determinado concorrente ter um interesse direto e pessoal⁹⁹, entendemos que seja feita uma adjudicação de maneira independente entre os lotes, e logo não faz sentido suspensão dos restantes lotes.

⁹⁶ Art 272.º n.º 2, do CCP

⁹⁷⁹⁷ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. 4, n.º 2, 2017, p.18.

⁹⁸Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “*Concurso e outros procedimentos de contratação pública*”, p. 1024.

⁹⁹Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 374 e 375.

CAPÍTULO III - ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS LIMITAÇÕES

3. CAPÍTULO III- ADJUDICAÇÃO POR LOTES E EVENTUAIS LIMITAÇÕES

3.1. Aspetos Gerais

A primeira referência legislativa de origem comunitária em matéria de divisão de contratos em lotes surgiu da primeira Diretiva sobre coordenação de legislações no domínio da adjudicação de contratos públicos, concretamente na Diretiva 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativamente à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Naquele diploma, porém, “a possibilidade de certa necessidade aquisitiva ser dividida em lotes vem regulada pela negativa, isto é, ao invés de se harmonizar legislações quanto aos pressupostos da divisão em lotes, regulou-se apenas quando é que se não pode dividir uma necessidade aquisitiva em lotes, conforme estabelece o n.º 2. do art.º 7.º que nenhuma empreitada pode ser dividida com vista a subtraí-la do âmbito financeiro de aplicação da Diretiva, isto é, não se pode dividir uma necessidade aquisitiva se com isso e por causa disso se deixa aplicar a Diretiva por apelo à circunstância de o valor de cada uma das necessidades cindidas ser inferior ao respetivo limiar”¹⁰⁰.

Esta Diretiva surgiu apenas para regular a divisão por lotes nos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas quando o montante previsto atinja ou exceda 1 000 000 de unidades de contos”¹⁰¹, ou seja este diploma vem limitar as adjudicações de empreitadas de obras públicas quando os limiares são iguais ou superiores a 1 000 000 de unidades de contos.

Embora no diploma que temos vindo a citar não constem os respetivos pressupostos ou requisitos de adoção, a Diretiva 71/305/CEE admite a adjudicação por parcela, impondo apenas que essa possibilidade seja anunciada ao mercado, acompanhada, sendo caso disso, dos limites à participação numa ou em todas as parcelas.

Atualmente, como é sabido, a adjudicação por lotes surge como um mecanismo destinado a facilitar o acesso das pequenas e médias empresas (PME) aos mercados públicos, ou seja, garante que mais operadores económicos se beneficiem, mitigando que

¹⁰⁰ Cf. DAVID COELHO, *A divisão dos contratos em lotes na Diretiva 2014/14/EU*, in *Revista de contratos públicos* n.13, 2016, p.84.

¹⁰¹ Cf. *Ibidem*...84 ss.

a entidade adjudicante esteja ligada a um único fornecedor, ou seja, se a entidade adjudicante tiver vários fornecedores, poderá garantir a fiabilidade dos serviços contratados e estimulando, deste modo, maior concorrência.

Aqui, pretendemos fazer uma abordagem de alguns conceitos de adjudicação por lotes e fazer referência ao n.º 1, do art.º 46.º do CCP, relativamente a discricionariedade das entidades adjudicantes no que se refere o facto de terem a faculdade de adjudicar por lotes ou não, ou seja, as entidades adjudicantes passam a ter a preocupação de decidir se o contrato deve ser adjudicado em lotes ou não.

3.2. Conceito de Adjudicação por lotes

O ato de adjudicação¹⁰² é administrativo, praticado pelo órgão competente para a decisão de contratar através do qual aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma das propostas apresentadas.

Trata-se, assim, do ato em que se realiza a escolha da outra parte do contrato e através do qual fica definido o conteúdo do contrato público atendendo ao caderno de encargos apresentado na fase pré-contratual.

A adjudicação por lotes incide sobre um único procedimento repartido por vários lotes e cada lote corresponde a um único ato de adjudicação.

Importa ainda referir que, a adjudicação por lotes surge com objetivo de garantir que mais operadores económicos tenham acesso aos mercados públicos.

A cada procedimento corresponderá um ato de adjudicação, com exceção dos procedimentos em que se tenha realizado a divisão em lotes, caso em que para cada lote poderá corresponder um ato de adjudicação¹⁰³.

Segundo LUÍS VERDE DE SOUSA, “estamos perante uma adjudicação por lotes quando, no âmbito de um mesmo procedimento, a entidade adjudicante divide o *quid* submetido à concorrência, possibilitando que sobre cada uma das partes desse objeto incide uma adjudicação autónoma. A apenas à possibilidade de adjudicações autónomas

¹⁰² O art.º 73.º, n.º 1 do CCP: - A adjudicação é o ato pelo qual o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas.”

¹⁰³ O art.º 73.º n.º 2 do CCP: - Quando seja feita a adjudicação por lotes nos termos do artigo 46.º-A, pode existir uma decisão de adjudicação para cada lote, podendo tais decisões ocorrer em momentos distintos.”

uma vez que a existência de mais do que uma adjudicação não parece ser uma adjudicação por lotes. Em primeiro lugar, porque a prática de diferentes atos de adjudicação, num mesmo procedimento, não é algo exclusivo da adjudicação por lotes. Em segundo e decisivo lugar, porque num procedimento que se preveja a adjudicação por lotes, se a entidade tiver lançado mão da possibilidade de combinação da totalidade dos lotes, prevista no art.º 46.º A, n.º 5 do CCP, pode, a final, ser praticado um único ato de adjudicação”¹⁰⁴.

PEDRO COSTA GONÇALVES defende que “a adjudicação por lotes consiste numa técnica de divisão do objeto de um contrato (realização de uma obra, aquisição de um serviço ou de bens móveis) a adjudicar no âmbito de um determinado procedimento, em vários lotes, porções ou frações, devidamente automatizados, possibilitando a adjudicação a vários concorrentes e a celebração de contratos com cada um deles. Assim o procedimento para a contratação de uma obra, de um serviço ou de um conjunto homogéneo de produtos dará origem a várias adjudicações e a vários contratos”.¹⁰⁵

De acordo com DAVID COELHO, “adquirir por lotes é um modo de satisfazer uma necessidade aquisitiva através de múltiplas adjudicações às quais podem corresponder vários procedimentos aquisitivos, diversos contratos e, claro, diferentes adjudicatários.”¹⁰⁶

Podemos concluir que a adjudicação por lotes é um ato que consiste num mesmo procedimento dividido em função do objeto a contratar e no qual vários operadores económicos possam concorrer, caso estejam habilitados para o efeito, dando origem a várias adjudicações. Com este procedimento mais operadores económicos terão acesso aos mercados públicos, fazendo com que as entidades adjudicantes não estejam limitadas a um único fornecedor.

3.3. A discricionarietà da entidade adjudicante

O n.º 1 do art.º 46.º A do CCP estabelece que “as entidades adjudicantes nas peças do procedimento podem prever, a adjudicação por lotes”. É nosso entender que as entidades adjudicantes têm a liberdade de decidir, adjudicar por lotes ou não, atendendo

¹⁰⁴Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. IV. n.º 2, 2017, p.26.

¹⁰⁵ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos...* ob. cit., p. 417.

¹⁰⁶Cf. DAVID COELHO, *A divisão dos contratos em lotes...* ob. cit., p. 83.

as suas necessidades de aquisição em vários lotes, dando origem a várias adjudicações, ou seja, vários contratos.

Será que estamos perante a uma norma aberta, cabendo a entidade adjudicante o poder de decisão de adjudicar por lotes ou não?

Nas palavras de MARCELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, “por vezes, a margem de livre decisão administrativa resulta da atribuição pela lei de uma liberdade à administração na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões e não, expressamente, como sucede na discricionariedade, de uma liberdade de escolha entre várias alternativas de atuação juridicamente admissíveis”¹⁰⁷

Na esteira de MARCELO DE SOUSA e SALGADO MATOS a discricionariedade “consiste numa liberdade administrativa de escolha entre alternativa de atuação”¹⁰⁸. A entidade adjudicante tem o poder discricionário de decidir quanto à adjudicação por lotes.

Nas palavras de JOSÉ DUARTE COIMBRA “a colocação da alternativa de organização interna dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos (adjudicar por lotes/não adjudicar por lotes), neste plano de estruturação do próprio modelo procedimental a prosseguir revela, para além disso estar em causa uma manifestação particular da discricionariedade procedimental primária que o ordenamento jurídico português garante as entidades adjudicantes enquanto titular da competência procedimental geral de direção e organização dos procedimentos de formação dos contratos públicos e da qual a previsão de que o programa de concurso pode conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante (n.º 4 do art.º 132.º do CCP)”¹⁰⁹

É nosso entender que o legislador dá liberdade de escolha à entidade adjudicante de o fazer ou não a divisão em lotes. Entendemos, ainda assim, que o legislador deveria incentivar, sendo que a adjudicação por lotes surge para dar acesso às pequenas e médias empresas no mercado da contratação pública.

A abertura das normas que conferem discricionariedade não se situa apenas na estatuição, mas também na sua previsão, a abertura da estatuição das normas implica

¹⁰⁷ Cf. MARCELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral...* ob, cit., pp. 90.

¹⁰⁸ Cf. *Ibidem*... 188 ss.

¹⁰⁹ Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Adjudicação Por Lotes...* in *Comentários à revisão do código* ed. IIª... ob. cit., p. 486.

sempre uma correspondente abertura da sua previsão, na medida em que revela a indeterminação dos critérios de decisão.

O exercício da discricionariedade implica sempre um raciocínio a partir da situação concreta para as opções de atuação legalmente conferidas a um teste de adequação da atuação concreta escolhida a luz do interesse público perseguido”.¹¹⁰

A Administração encontra-se subordinada à lei pelo princípio da legalidade, cuja previsão se encontra no n.º 2, do art. 266.º da CRP, sendo que o código do procedimento administrativo confere a este princípio primazia sobre os restantes conforme o art.º 3.º “ Os órgãos da administração pública devem atuar em obediência à lei e ao direito dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”¹¹¹.

“O poder discricionário consiste numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante a qual se legitimam, como igualmente legais corretas de “*lege lata*”, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinado”¹¹² “ Apesar de a norma abrir à Administração tem a faculdade de escolha entre várias alternativas de facto possíveis, o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um espaço e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se proceda a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso em concreto.

A discricionariedade não é uma liberdade, mas sim uma competência, uma tarefa, corresponde a uma função jurídica, a decisão administrativa tem de ser racional, porque não pode ser fruto de um capricho, mas, mais que isso tem de corresponder à solução que melhor sirva o interesse público.”¹¹³

Consideramos que “a norma confere poder discricionário para um certo fim, se o ato pelo qual se exerce esse poder for praticado com a intenção de prosseguir o fim que a norma visou, este ato é legal, se ato for praticado com um fim diverso daquele para que a

¹¹⁰ Cf. MARCELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo...* ob. cit., p. 188.

¹¹¹ Para melhor entendimento Cf. <https://psicanalisarodireitoadministrativo16b.blogs.sapo.pt/do-poder-discricionario-16588>

¹¹² Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo...* ob. cit., p. 79.

¹¹³ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito* Vol.II. ob. cit., p. 80.

lei conferiu o poder discricionário ato é ilegal. Porque o fim é sempre vinculado no poder discricionário”¹¹⁴.

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ “a realização administrativa do direito transporta sempre uma vertente criadora, ainda que em causa esteja o exercício de uma atividade vinculada. É certo que o uso de poderes discricionários dá azo a valorações do agente”¹¹⁵.

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA considera que, “no Estado de direito, há lugar para a discricionariedade administrativa, instrumento fundamental para a sua realização e para a realização da justiça no caso concreto”¹¹⁶

Parece-nos, pois, poder concluir que estamos perante uma liberdade de atuação das entidades adjudicantes no que toca o n.º 1 do artigo 46.º A do CCP, conferida por lei e limitada pelo princípio da legalidade, pelo facto de não vislumbrarmos no ordenamento “jurídico português qualquer norma de âmbito geral que proíba o desdobramento na formação dos contratos públicos em lotes”¹¹⁷

3.4. Dever de fundamentação

O n.º 1, do artigo 46.º A estabelece que as entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes. Este preceito corresponde o artigo 46.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24/EU, onde se estabelece que as autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes, pelo que, no nosso entender, a Entidade adjudicante tem a liberdade de decidir adjudicar um contrato sob forma de lotes, pois não existe aqui uma obrigação para o efeito.

Entretanto, “o n.º 2 do artigo 46.º-A afirma que, na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens imóveis, ou aquisição de serviços, de valor superior a 135 000 Eur. e empreitadas de obras públicas de valor superior a 500 000 Eur, a decisão

¹¹⁴Cf. *Ibidem*... p. 78.

¹¹⁵Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ – *A discricionariedade administrativa: “reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa”*. In: O Direito, 2012, p. 613. Ano 144º 2012 III. Coimbra, Almedina Editora,

¹¹⁶Cf. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA – *O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*. In: *Reforma do contencioso administrativo: O debate universitário (trabalhos preparatórios)* / Ministério da Justiça Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 404. Também vai nesse sentido, Ana Raquel Gonçalves Moniz, op. cit., p. 602.

¹¹⁷ Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA “*Comentários à revisão do código ... ob. cit.*”, p. 487.

de não-contratação por lotes deve ser fundamentada, constituindo fundamento, designadamente, as seguintes situações,

- a) quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnicas ou funcionalmente incindíveis ou não sendo a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante;
- b) b) quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante”¹¹⁸.

Ou seja, o n.º 2 do 46.º-A estabelece o pano de fundo da fundamentação o que a lei quer, o que não se divide. Neste contexto, são relevantes certas explicações técnicas se forem incindíveis, se a sua separação não causa graves inconvenientes a entidade adjudicante. Portanto, os considerandos das diretivas, dizem se por exemplo for muito inconveniente a gestão de vários contratos próximos, conexos para a entidade adjudicante por essa razão não dividir em lotes esta aquisição de serviços pelo facto não serem exequíveis e eficazes, por motivos de urgência, graves inconveniência, na possibilidade de restringir a concorrência.

“O CCP, na linha de um princípio assumido na Diretiva 2014/24/EU, definido com o propósito de criar mecanismos de facilitação do acesso de PME à contratação pública define, assim, para as entidades adjudicantes do art.º 2.º uma exigência clara de ponderação sobre a divisão em lotes”¹¹⁹.

O dever de fundamentação é exigido sempre que a entidade adjudicante podendo optar por este tipo de negociação pré-contratual, não o faça. Assim, a entidade adjudicante terá de fundamentar devidamente a decisão de não fazer a contratação por lotes.

Como referido anteriormente, a regra geral é a operação de divisão em lotes do objeto a contratar, no entanto, quando se considera que não há possibilidade da divisão ou que esta não é conveniente, a entidade adjudicante terá de indicar esse facto no relatório de fundamentação que acompanha o dossier da contratação.

Consideramos que as justificações para a não divisão em lotes poderão ter que ver com o facto de a divisão em lotes do objeto do contrato implicar o risco de restringir

¹¹⁸ Cf. PEDRO GONÇALVES, “*Direito dos contratos públicos*”, Coimbra, Almedina, vol. I, 2018, pp. 418 e 419.

¹¹⁹ Cf. *Ibidem*... p. 419

injustificadamente a concorrência, para efeitos da aplicação desse critério. Um outro facto da realização, independente das várias prestações incluídos no objeto do contrato, iria dificultar o bom desempenho do ponto de vista técnico; ou que o risco para a boa execução do contrato venha da natureza do assunto em questão, o que implica a necessidade de coordenar a implementação dos vários benefícios, um problema que poderia ser impedida por sua divisão em lotes e execução de uma pluralidade de empreiteiros.

Para os contratos de empreitadas, aquisição de serviços, locação impõe-se um dever de fundamentação quando não se faz adjudicação por lotes, ou seja, isso só se aplica aos contratos de valor superior a 138 000 Eur, no caso bens e serviços e 500 000 Eur, no caso das empreitadas de obras públicas, pode fazer-se a divisão abaixo disso, os setores especiais não têm o dever de fundamentação em lotes, ou seja, não há dever de dividir, tem de se ponderar a divisão em lotes.

PEDRO GONÇALVES defende que o “art.º 46.º-A não esclarece onde deve ser apresentada a fundamentação, pela entidade adjudicante, para decidir não adjudicar por lotes, ou seja, atendendo ao teor do preceito em análise, não se sabe onde e em que momento pretende o legislador que sejam expostos os fundamentos que presidiram à tomada de decisões de não divisão em lotes, conforme expressamente admitido pelo n.º 2 do referido art.º 46.º A”¹²⁰. É nosso entender que o legislador deveria deixar claro onde a entidade adjudicante deverá apresentar a fundamentação de não adjudicar por lotes.

“O legislador tendo tido a pretensão de impor à entidade adjudicante uma obrigação de ponderar a divisão do contrato em lote, impunha-se ao legislador o esforço de fornecer indicações precisas detalhadas sobre as circunstâncias específicas que determinam a obrigação, para que as entidades adjudicantes, de decidir entre dividir ou fundamentar”¹²¹

Assim, podemos concluir que o legislador não é claro relativamente a fundamentação, penso que a diretiva é, de facto, incompreensível, porque o relatório que se refere no art. 85.º da diretiva não é dado a conhecer aos concorrentes. Parece que a Diretiva Europeia daria a possibilidade de a fundamentação da divisão em lotes, não ser dada a conhecer aos concorrentes, põe isso em alternativa a outra hipótese que é dar a

¹²⁰ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos contratos...* ob. cit., p. 421.

¹²¹ Cf. *Ibidem*... 419.

conhecer aos concorrentes, alternativa essa, do ponto de vista da transparência, não faz sentido que seja do conhecimento dos concorrentes.

O legislador impõe o dever de fundamentação aquando da não adjudicação em lotes, é nosso entender que deve clarificar também onde, de facto, as entidades adjudicantes devem apresentar a fundamentação de não adjudicar em lotes, sendo que as normas devem ser claras e concisas para que a entidade adjudicante possa ficar ciente dos seus deveres e direitos, para que não haja interpretações dúbias ou extensivas.

3.5. Adjudicar em lotes

3.5.1. Enquadramento

A Diretiva 2014/24¹²², no seu art.º 46.º, enunciava um regime de adjudicação por lotes que está na base do atual art.º 46-A do CCP. Esta norma da Diretiva teve origem no art.º 44.º, n.º 1, da proposta inicial da Comissão Europeia para a Diretiva dos Sectores Clássicos, a qual, além de uma permissão para dividir os contratos em lotes, acrescentava que, para os contratos de valor igual ou superior a 500 000 Eur, caso a entidade adjudicante optasse por não dividir o contrato em lotes, deveria fazer uma justificação dessa decisão, no anúncio do concurso ou no convite à manifestação de interesse.

Na versão final da Diretiva, o artigo 46.º, a que corresponde ao 44.º da proposta inicial, deixou de incluir qualquer limiar de valor, o que teve, por consequência, que a exigência de ponderação e fundamentação ali contida se aplicasse a todos os contratos abrangidos pela Diretiva. O texto final do artigo 46.º, n.º 2, dispõe que “com exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do n.º 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84.º”

A adjudicação por lotes surge como um mecanismo destinado a facilitar o acesso das PME aos mercados públicos, logrando garantir que mais operadores económicos se

¹²² Sobre o assunto, Cf. O texto da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE Texto relevante para efeitos do EEE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt>.

beneficiem, evitando, pois, que a entidade adjudicante esteja limitada a um único fornecedor, isto é, se a entidade adjudicante tiver maior concorrência.

Segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO “ é evidente que outras medidas previstas nas diretivas da EU podem ter um impacto se tiver vários fornecedores poderá garantir a fiabilidade dos serviços contratadas e permitir positivamente no acesso das PME, como a contratação pública eletrónica, mas é a divisão em lotes que surge, nas diretivas, como o mecanismo privilegiado e dedicado, a promover esse acesso.”¹²³,

O legislador europeu manifesta uma clara preferência, no art.º 46.º, n.º 1, da Diretiva, pela adjudicação por lotes, sendo apontado como explicação a promoção do acesso das PME à participação no mercado da contratação pública, sendo que a divisão em lotes, só por si, não garante que uma PME venha a obter a adjudicação dos diversos lotes.

3.5.2. Dever de adjudicar em lotes

Na contratação pública, a regra é a de que a Administração não pode contratar como e com quem quiser, devendo respeitar o procedimento pré-contratual previsto na lei, embora a Administração goze da observância dos princípios do Tratado da União Europeia. JOSÉ DUARTE COIMBRA defende que “não há no ordenamento jurídico português, qualquer dever de adjudicar por lotes. É bem certo que a fórmula europeia do *divide or explain* que o CCP importou pode ser descritivamente apresentada como forma de induzir as entidades adjudicantes a desdobrar alguns dos seus procedimentos adjudicatórios em vários lotes ou, até como forma de prefigurar esse desdobramento como opção residual ou preferencial na conformação dos procedimentos de certos contratos públicos. Não há dúvidas que as Diretivas passam a incentivar a divisão dos contratos em lotes, sendo indisputável que esse incentivo tem um propósito político-económico perfeitamente identificável, a potencialização da participação de operadores económicos de menor dimensão no mercado das compras públicas”¹²⁴

O art. 46.ºA do CCP¹²⁵ estipula que, na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a 135.000.00,

¹²³ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação da adjudicação por lotes...* ob. cit., pp. 25 ss.

¹²⁴ Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA, *A Adjudicação por Lotes...* in “*Comentários à revisão, 2ª ed.*”, p. 484.

¹²⁵ Cf. Art. 46.º-A do CCP: “Adjudicação por lotes 1 - As entidades adjudicantes podem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes. 2 - Na formação de contratos públicos de aquisição ou locação

Eur, e empreitadas de obras públicas de valor superior a 500.000,00 Eur, as entidades adjudicantes devem prever, nas peças do procedimento, a adjudicação por lotes. De salientar que apenas em situações devidamente fundamentadas não se aplicará esta disposição imperativa, tal como está exemplificado no art. 46.º A, n.º 2 do CCP, “a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante; b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante.”

No caso de divisão das prestações que podem ser objeto de um único contrato em lotes, o procedimento a adotar será o que for aplicável ao somatório do valor parcial de todos os lotes, com as adaptações e desvios que são consagrados na lei.

De harmonia com o art.º 22.º, n.º 1, a), do CCP, quando se pretender celebrar os contratos relativos a vários lotes em simultâneo, num mesmo procedimento pré-contratual, pode adotar-se o procedimento de ajuste direto, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, tendo em consideração o somatório dos preços base dos procedimentos de formação de todos os lotes e, por referência, os valores mencionados, respetivamente e consoante os casos, nos art.º 19.º, 20.º e 21.º do CCP, sendo que o anúncio deverá ou não ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

Assim, nos termos do art.º 22, n.º 1 do CCP, caso os procedimentos sejam ou não realizados em simultâneo e se for possível prever que ao somatório dos valores das prestações separadas em vários lotes, deverão somar-se os valores dos vários lotes a contratar, valor que servirá de base para escolher o procedimento pré-contratual a adotar.

de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a (euro) 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a (euro) 500 000, a decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada, constituindo fundamento, designadamente, as seguintes situações: a) Quando as prestações a abranger pelo respetivo objeto forem técnica ou funcionalmente incindíveis ou, não o sendo, a sua separação causar graves inconvenientes para a entidade adjudicante; do b) Quando, por motivos de urgência ou por imperativos técnicos ou funcionais, a gestão de um único contrato se revele mais eficiente para a entidade adjudicante. 3 - O disposto no número anterior não se aplica às entidades adjudicantes referidas nos artigos 7.º e 12.º 4 - A entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, devendo indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento, bem como os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseie a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado. 5 - O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de a entidade adjudicante celebrar contratos que combinem vários ou a totalidade dos lotes, desde que essa possibilidade seja expressamente incluída no convite ou no programa do procedimento, caso em que devem ser previamente estabelecidos e indicados os critérios que fundamentam as várias hipóteses de combinação previstas.”

De acordo com o art.º 22.º, n.º 1, b), do CCP: “O somatório dos preços contratuais relativos a todos os contratos já celebrados e do valor de todos os procedimentos ainda em curso, quando a formação desses contratos ocorra ao longo do período de um ano, desde que a entidade adjudicante, aquando do lançamento do primeiro procedimento, devesse ter previsto a necessidade de lançamento dos procedimentos subsequentes.

Com base nesse valor, determina-se a escolha do procedimento de ajuste direto, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação (com ou sem publicidade no JOUE), em função dos limiares de adoção desses procedimentos fixados nos art.º 19.º, 20.º e 21.º do CCP.

De mencionar que a referência aos preços contratuais terá de atender ao conceito de preço, tal como está definido no art.º 47.º CCP, e ao conceito de preço contratual definido no art.º 97.º do CCP, atendendo ao disposto no art.º 17.º

A contratação por lotes, com a aprovação da Diretiva 2014/24/ UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18 / CE, torna-se uma obrigação na regra geral, a não-divisão em lotes é a exceção, com o objetivo de aumentar a competição e a participação de PME. E essa divisão pode ser realizada de forma quantitativa, fazendo com que a magnitude de cada contrato corresponda melhor à capacidade das PME, ou qualitativamente, de acordo com as diferentes especializações envolvidas, para melhor adaptar o conteúdo de cada contrato para os setores especializados das PME ou de acordo com as diferentes fases posteriores dos projetos ”.

Assim, de acordo com o artigo 46.º n.º 2 da Diretiva 2014/24/UE “as entidades adjudicantes indicarão, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, se podem ser apresentadas propostas para um lote, para vários lotes ou para todos eles”. Contudo, o legislador nacional não incluiu no art.º 46.º A, ou em qualquer outra norma do Código dos Contratos Públicos, uma referência idêntica à do art.º 46.º n.º 2 da Diretiva mencionada.

“O mecanismo da divisão em lotes tinha sido avançado pela Comissão em vários documentos anteriores às propostas iniciais de diretivas, pelo que a sua inclusão no instrumentário do direito europeu não foi surpreendente”¹²⁶

De acordo com PEDRO GONÇALVES, no considerando da 78 da Diretiva 2014/24/EU, diz-se que “a autoridade adjudicante deverá ter por obrigação considerar se

¹²⁶ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “*Dever de ponderação na adjudicação...* ob. cit., p. 26.

convém dividir contratos em lotes, sem deixar de poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeito a controlo administrativo ou judicial”. Podemos compreender esta solução da Diretiva, que é coerente com a ideia nela assumida de que a entidade adjudicante tem de ponderar a divisão, se decide livremente não dividir, terá, então, de explicar a razão por que da não-divisão. A isenção do controlo judicial é corolário lógico de uma discricionariedade livre, ou liberdade, que resulta de a Diretiva não fornecer ao órgão de controlo um parâmetro para controlar. Nem se pode dizer, como nos parece evidente, que essa subtração ao controlo externo põe em causa qualquer valor ou princípio de sujeição da administração ao direito, pois é o direito aplicável que nos remete a entidade adjudicante para uma decisão livre, num contexto em que não estão em presença direitos subjetivos dos cidadãos ou interesses legítimos que imponham um cuidado especial do exercício do poder administrativo”¹²⁷, ou seja, estamos perante uma liberdade da entidade adjudicante, ou mais amplamente uma margem de livre decisão.

No entanto, este sentido amplo de discricionariedade prende-se com a visão de uma liberdade administrativa e, consequentemente, com o sentido redutor que se atribui ao princípio da legalidade. “Mas, seja como for no plano de compreensão da Diretiva, o CCP não reconhece as entidades adjudicantes indicadas uma liberdade para dividir ou não dividir. O CCP enquadra a decisão de não-divisão por lotes como decisão discricionária da entidade adjudicante”¹²⁸, as entidades adjudicantes, para aumentarem a concorrência, deverão ser incentivadas a dividir em lotes os contratos de grande dimensão.

“O dever da divisão em lotes aplica-se em todos os procedimentos de formação, uma vez que não é feita qualquer diferenciação no texto da lei, sendo obrigatória sempre que o valor do contrato seja superior a 135 000 Eur, no caso de bens e serviços ou superior a 500 000 Eur, no caso de empreitadas.

Estando estabelecidos no Código dos Contratos Públicos valores de limitações a partir dos quais é obrigatória a contratação por lotes, pode sempre existir divisão em lotes em contratos com valores inferiores. Nestes casos não está consagrado o dever de proceder a divisão em lotes de modo explícito, contudo há sempre o dever de ponderar a divisão, como resulta o considerando 78 da Diretiva 24/2014, já referida. Este dever da

¹²⁷ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...* ob. cit., p. 465.

¹²⁸ Cf. *Ibidem...* p. 465.

divisão por lotes, nos termos do art.º 46.º A, n.º 3 do CCP não é aplicável às entidades dos setores especiais¹²⁹.

A possibilidade de dividir a adjudicação do contrato em lotes não representa uma novidade no Código dos Contratos, pois esta possibilidade estava prevista no art.º 25.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, que estabelecia o regime da realização de despesas públicas e da contratação pública relativa a locação e aquisição de bens e serviços e do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, que estabelecia o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, bem como de disposições idênticas na legislação que a antecedeu.

As entidades adjudicantes estão, assim, obrigadas a estudar a conveniência de dividir os contratos em lotes e, para tal, exige-se que a entidade adjudicante que estiver planeando, terá de delimitar o objeto do contrato, bem como equacionar quais as partes que podem ser licitadas de forma independente. Além disso, com esta divisão podem obter melhores resultados e uma maior eficiência na medida em que possibilita que certas empresas ou pessoas especializadas em determinadas áreas participem de contratos que anteriormente, devido ao seu tamanho, critérios de solvência económica e financeira, capacidade, ou outras, as impossibilitavam de contratarem.

Consideramos que, em alguns casos de projetos de infraestruturas de grande complexidade que envolvam tecnologia e grande capacidade de investimento e absorção de risco pelos operadores privados, será muito útil a divisão em lotes como forma de a entidade adjudicante captar operadores económicos a apresentar propostas, uma vez que a divisão do objeto contratual em lotes pode ajudar a mitigar os riscos dos projetos colocados a concurso.

Assim as entidades adjudicantes antes de iniciar um procedimento pré-contratual para a adjudicação de um contrato com o objeto e valor referidos no art.º 46.º A do CCP têm o dever de ponderar a divisão em lotes, que se desdobra no dever de ponderar a *possibilidade* de dividir em lotes e ainda ponderar se é *adequado* proceder a essa divisão. Se a opção for pela não-divisão em lotes, esta decisão terá de ser devidamente fundamentada. Este dever de fundamentação reporta-se à decisão ponderada de não optar pela divisão em lotes.

¹²⁹ Art.º 46.º-A, n.º 3: “O disposto no número anterior não se aplica às entidades adjudicantes referidas nos arts 7.º e 12.º”.

“Uma das observações feitas ao mecanismo da preferência pela divisão em lotes é a de que se pode tratar de um mecanismo que facilita o funcionamento de cartéis e outras formas de conluio entre os agentes económicos. Outros referem os encargos administrativos injustificados gerados pelo dever de dividir ou de explicar a não divisão, ou a criação de maiores custos de transação, pois as empresas terão de fazer mais propostas para obter a mesma receita. Outros ainda sublinham o que seu entender é um problema de incoerência nas próprias opções do legislador europeu, ao promover e facilitar a centralização de compras e outros mecanismos de agregação das aquisições, ao mesmo tempo que expressa uma preferência pela divisão em lotes”¹³⁰

Segundo MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, as críticas apontadas merecem reflexão, mas não são suficientes para refutar a relevância e adequação do instituto à prossecução dos objetivos que ele visa e dos princípios gerais da contratação pública.

Do acima exposto, consideramos que o que caracteriza a adjudicação por lotes é o facto de, no âmbito de um mesmo procedimento, o objeto a contratar ser dividido, possibilitando a adjudicação autónoma de cada uma dessas partes ou conjuntos. Sendo que a decisão de dividir o contrato em lotes deverá sempre ter por base a convicção da entidade adjudicante de que esta é a solução mais adequada a servir o interesse público, é nosso entender que deveria existir um incentivo da entidade adjudicante de dividir em lotes, nos contratos de grande dimensão para que mais operadores económicos tivessem acesso aos mercados públicos e para que a execução do referido objeto do contrato em causa fosse mais viável para o interesse público e para que a entidade adjudicante não ficasse presa a um único fornecedor.

3.5.3. A limitação do número de lotes a adjudicar a um único concorrente

Nos termos do n.º 4 do artigo 46.º-A, a entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes a serem adjudicados a cada concorrente, devendo indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento. Trata-se aqui de uma limitação quanto o número de lotes que podem ser adjudicados a um mesmo concorrente.

¹³⁰ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação na adjudicação por lotes...* ob, cit., p. 26.

Porém, o art.º 79.º da Diretiva 2014/24/EU, estabelece que “poderão as entidades adjudicantes fixar limites ao número de lotes a que cada interessado poderá concorrer, bem como limitar o número de lotes que poderá ser adjudicado ao mesmo concorrente, daí resultando expressamente, que se os contratos forem divididos em lotes, as autoridades adjudicantes deverão ser autorizadas, por exemplo, para preservar a concorrência ou garantir a fiabilidade do abastecimento, a limitar o número de lotes a que um operador económico pode concorrer, deverão igualmente ser autorizadas a limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um único proponente”.¹³¹ Entendemos, que a entidade adjudicante não está impedida de estabelecer limites à restrição criada ao número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, prevendo, por exemplo, que o limite ao número máximo de lotes a adjudicar a um mesmo concorrente não será observado, podendo ser adjudicado um número superior de lotes.

Nesta senda, o n.º 2 do art.º 46.º da Diretiva estabelece claramente que as autoridades adjudicantes indicam, no anúncio do concurso ou do convite à confirmação de interesse, as regras ou critérios objetivos e não discriminatórios que tencionam aplicar para determinar a adjudicação dos lotes, nos casos em que a aplicação dos critérios resulte na adjudicação a um proponente de um número de lotes superior ao número máximo fixado.

O uso da faculdade de limitação do número de lotes a adjudicar conhece uma consequência imediata. Nesse caso, a entidade adjudicante vai ter de definir previamente critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseia a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente, nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 46.º-A. Importa, neste âmbito, assegurar que o princípio da concorrência não sai beliscado, pelo que os critérios de escolha dos lotes deverão, naturalmente, ser definidos e conhecidos antes do momento de abertura das propostas apresentadas pelos concorrentes.

“Em termos normativos, o que resulta de uma disposição como o artigo 46.º-A n.º 2, do CCP é que na ausência de certo pressuposto o contrato tem que dividir-se em lotes, este pressuposto é a existência de razões aceitáveis e suficientes para afastar as razões que apontam para a divisão. Se não existir a fundamentação ou se existir, mas por improcedente, o resultado residual é o contrato ser dividido. É certo que o quadro permite

¹³¹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos...* ob. cit., p. 422.

à entidade adjudicante afastar-se desse dever de dividir, sendo extremamente amplo e indeterminado, as razões são exemplificativas”¹³², pois não existe dever de dividir o contrato em lotes.

“A Diretiva 2014/24/EU veio, no entanto, chamar a atenção para a outra dimensão do problema da divisão do contrato em lotes, consubstanciada na dimensão desagregadora, com objetivo de facilitar o acesso das PME, aos contratos públicos e de por esta via aumentar a concorrência, pois o legislador europeu afirmou a necessidade de incentivar as entidades adjudicantes a dividir em lotes os contratos de grande dimensão, para tanto o artigo n.º 46.º da Diretiva consagra obrigação de as entidades adjudicantes indicarem as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes”¹³³.

O art.º 46.º-A n.º 4 do CCP possibilita à entidade adjudicante o poder “de limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, devendo indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento, bem como os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseie a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado.

Numa interpretação desta norma a contrário sensu temos de concluir que se nada se disser, pode haver propostas a vários lotes. “Nestes casos, as Entidades Adjudicantes devem construir as peças do procedimento com especiais cautelas dado que nestas circunstâncias o que está em causa é um conflito de interesses entre a prossecução do interesse público subjacente à opção de divisão em lotes como meio de fomento do acesso das PME ao mercado público e a prossecução do interesse público subjacente à adjudicação à proposta economicamente mais vantajosa”.¹³⁴

A possibilidade de limitação dos lotes viola o princípio da concorrência na medida em que alguns potenciais concorrentes só teriam interesse em apresentar propostas se lhes pudessem adjudicar todos os lotes, logo, a concorrência, impõe a igualdade de tratamento e a não-discriminação entre os operadores económicos.

O princípio da concorrência “afirmar-se como princípio central em matéria de contratação pública, sobretudo por causa do contexto comunitário da contratação pública,

¹³² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Dever de ponderação da adjudicação...* ob. cit., p. 44.

¹³³ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas anotações sobre a adjudicação por lotes*, in “*Revista eletrónica de direito público*”, vol. 4. n.º 2.º, 2017, p. 70.

¹³⁴ Cf. *Ibidem*...

o objetivo da concorrência não deve fazer esquecer a existência de outros objetivos e valores administrativamente relevantes associadas aos procedimentos pré-contratuais, como, por exemplo, a economicidade ou boa gestão financeira dos recursos públicos (se o contrato implicar despesa) e a seleção da proposta (e do concorrente) mais conveniente para o interesse público, além da legitimação da escolha do co-contratante perante a coletividade (nacional), todos eles valores que, sendo mais ou menos irrelevantes para o direito comunitário, justificariam, por si sós, como durante tanto tempo justificaram, a existência de uma disciplina legal em matéria de procedimentos pré-contratuais”¹³⁵.

Todavia, quanto mais operadores económicos a entidade adjudicante tiver a seu serviço melhor, julgamos que ao prender-se a um único fornecedor, corre-se vários riscos tais como: o não-cumprimento dos prazos, trabalhos de pouca qualidade e dá azos a favoritismos.

É claro que a motivação subjacente à limitação do número máximo de adjudicações que cada concorrente pode obter, pode ser de vária ordem, não apenas como medida de fomento do acesso das PME ao mercado público, poderá estar por exemplo, a medida de prevenção do risco de exposição a um único operador económico. “Na prática, esta limitação pode fazer com que determinados lotes não sejam adjudicados aos autores das melhores propostas, a possibilidade de prever essa esta restrição à chegada constitui mais instrumento para facilitar o acesso das PME aos mercados públicos. na verdade, se a divisão do contrato em lotes visa , promover a participação das PME nos procedimentos de contratação pública, logo, a limitação do número de lotes a um mesmo concorrente parece ser uma medida que vai um pouco mais longe, facilitando o acesso destas empresas ao próprio contrato público, na medida em que impede ou, pelo menos, dificulta o açambarcamento de todos os lotes os lotes por parte de grandes empresas”¹³⁶

Qualquer que seja essa motivação haverá sempre uma tensão entre o interesse público subjacente a essa motivação e o interesse público subjacente à adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa sempre que algum dos concorrentes tenha a melhor proposta num número de lotes superior ao número máximo que lhe pode ser adjudicado. Por essa razão, sempre que pretendam lançar mão da faculdade de limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente, devem as

¹³⁵ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais...* ob. cit., p. 66.

¹³⁶ Cf. LUÍS VERDE DE SOUSA, *Algumas notas sobre adjudicação por lotes*, ob. cit., p. 75

Entidades Adjudicante, a nosso ver, fundamentar de forma particularmente reforçada a sua decisão de divisão em lotes, não deixando de aí indicar, de forma clara e não discriminatória, os objetivos que pretendem atingir com a limitação. A grande dificuldade subjacente à fixação de um número máximo de lotes a adjudicar a cada concorrente parece estar na criação das regras que, afinal, permitam proceder à “distribuição” dos lotes entre os diferentes concorrentes sempre que, de acordo com o critério de adjudicação, um mesmo concorrente acabe por vencer um número de lotes superior ao máximo fixado. Além de expressas nas peças do procedimento, o legislador exige que estas regras atendam a “critérios objetivos e não discriminatórios”. Por respeito aos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação estão, assim, vedadas regras que atendam, por hipótese, ao país ou região onde os concorrentes (*in casu*, os concorrentes classificados em segundo lugar) estão sedeados¹³⁷.

A limitação do número de lotes a adjudicar a um mesmo concorrente poderá determinar que a adjudicação de um ou mais lotes não recaia sobre as propostas economicamente mais vantajosas, DAVID COELHO entende que, nestas situações, as entidades adjudicantes devem “fundamentar de forma particularmente reforçada a sua decisão de divisão em lotes não deixando de aí indicar de forma clara e não discriminatória os objetivos que pretendem atingir com a limitação.”¹³⁸

Na verdade, em matéria de contratação pública, visa-se, fundamentalmente, permitir a um determinado procedimento adjudicatório, o maior número possível de candidatos, em condições de igualdade, garantindo-se o mais amplo acesso e a mais ampla abertura, o que confere autonomia ao princípio da concorrência, na medida em que este não tem que estar necessariamente conectado ao princípio da igualdade consequentemente, quanto mais aberto, mais apelativo e atraente, competitivo e concorrencial for o procedimento, maior e será a oferta e melhor maior as propostas contratuais que as entidades adjudicantes terão ao seu dispor para negociar e escolher a melhor solução para o fim a que se destina.

¹³⁷ Cf. *Ibidem*...p.75

¹³⁸ Cf. DAVID COELHO, *A divisão dos contratos em lotes* 2014/24/UE ... ob. cit., p. 104.

CONCLUSÃO

I. Chegado aqui, admite-se, de forma consensual, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência comunitária e nacional, como um dos princípios basilares da contratação pública, o princípio da concorrência como verdadeiro paradigma comportamental das partes num contrato que revista natureza pública. No ordenamento jurídico nacional, o princípio da concorrência chega mesmo a ter consagração legal no art.º 1.º-A do CCP, o que vem reforçar a sua relevância ao nível da contratação pública.

II. À luz deste princípio, é exigido o respeito, não só pelos concorrentes ou candidatos que não tinham sido selecionados para contratar com o ente público, bem como por todos àqueles que estejam eventualmente interessados em concorrer a um novo contrato, na ocorrência de uma modificação do clausulado em sede de execução contratual. Este princípio apresenta uma forte ligação com a própria prossecução do interesse público, na medida em que, teoricamente, quanto mais aberto for o procedimento atinente à adjudicação de um contrato, melhores serão as condições apresentadas pelos candidatos à Administração.

III. O princípio da prossecução do interesse público não se compatibiliza com o princípio da concorrência. Poderão, de facto, ocorrer casos em que, ao invés de se promover um novo procedimento pré-contratual, como forma de assegurar convenientemente a concorrência, será preferível levar a cabo uma alteração ao clausulado primitivamente estabelecido no contrato, sendo esta a melhor forma de se assegurar a prossecução dos interesses da coletividade. É neste sentido que o nosso legislador vem admitir, no art.º 312.º, alínea *a*) do CCP, a possibilidade de se proceder a uma modificação contratual “Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

IV. A adjudicação por lotes surge para operacionalizar e dinamizar a concorrência e a igualdade de tratamento entre os agentes económicos, bem como a facilitar o acesso das PME aos mercados públicos, ou seja, garantir que mais operadores económicos se beneficiem, para que a entidade adjudicante não esteja ligada a um único fornecedor, pois,

se a entidade adjudicante tiver vários fornecedores, poderá garantir a fiabilidade dos serviços contratadas e permitir maior concorrência.

V. A adjudicação por lotes resulta do art.º 46.º-A, n.º 2 do CCP e do art.º 46.º, n. 1 da Diretiva 2014/24, onde se estabelece que as autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes. É nosso entender que a Entidade adjudicante tem a liberdade de decidir adjudicar um contrato sob forma de lotes, não existe aqui uma obrigação para o efeito.

VI. A adjudicação por lotes pretende manter o equilíbrio adequado entre volume de aquisições e economias de escala, atraindo mais agentes económicos e garantido bons contratos que satisfaçam a entidade adjudicante, bem como, vem abrir a concorrência em mercados específicos que apresentam características de concentração, como uma forma de intervir na estrutura do mercado.

VII. A evolução da legislação Europeia em geral e portuguesa em particular, desde 2008, está centrada no Código dos Contratos Públicos, que, além de transpor as Diretivas Europeias que foram sendo publicadas pela União Europeia, aproveita por sistematizar, num único diploma legal, toda a legislação anteriormente dispersa por inúmeros diplomas. Muitas foram as inovações legislativas na matéria da contratação pública, em que se pretendeu sempre dar concretização aos princípios jurídicos europeus nesta matéria, com realce para o princípio da concorrência e da não-discriminação de operadores económicos com sede num outro Estado-membro diferente daquele onde se realiza o procedimento pré-contratual com vista à adjudicação do contrato, visando assegurar a prossecução do interesse público.

VIII. Quanto ao relatório de fundamentação, o legislador impõe o dever de fundamentação aquando da não adjudicação em lotes, devendo clarificar também onde e de facto as entidades adjudicantes devem apresentar a fundamentação de não adjudicar em lotes, sendo que as normas devem ser claras e concisas para que a entidade adjudicante possa ficar ciente dos seus deveres e direitos, a fim de não haver interpretações dúbias ou extensivas.

IX. Assim, a adjudicação por lotes é uma das modalidades de procedimento concursal através da qual um ente público (entidade adjudicante) tem a liberdade de escolher este tipo de procedimento, caso não o faça terá de justificar o porque da não adjudicação por lotes

X. Caso a entidade adjudicante pretenda avançar para a limitação do número máximo de lotes a adjudicar a um mesmo concorrente deve indicar essas limitações no convite ou no programa do procedimento, bem como os critérios objetivos e não discriminatórios em que se baseia a escolha dos lotes a adjudicar a cada concorrente nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na atribuição, ao mesmo concorrente, de um número de lotes superior ao máximo fixado no art. 46.º-A, n. 4 do CCP. As peças do procedimento devem assim prever as limitações respeitantes ao número máximo de lotes que podem ser adjudicados a um mesmo concorrente, e as regras que, afinal, permitirão identificar os lotes a adjudicar a cada concorrente quando, da aplicação do critério de adjudicação, se ultrapasse o referido limite.

XI. No plano financeiro e económico, a relevância da contratação pública demonstra-se por representar uma grande percentagem da despesa pública e por constituir um instrumento político de estímulo à atividade das pequenas e médias empresas, desiderato já manifestado nas diretivas sobre contratos públicos, nomeadamente através de mecanismos de subcontratação que foram acolhidos no CCP, no novo paradigma do CCP a divisão de contrato em lotes visa, promover a participação das PME nos procedimentos de contratação pública, afastando assim a subcontratação das PME pelas grandes empresas, com esta alteração as PME ganham primazia aos mercados da contratação pública de forma direta.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA João Amaral e Pedro Fernández Sánchez (2016), *Comentários ao Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos* (http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01,CONHECIMENTO/02_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojet_o_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf)
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol I, 2ª edição 2005.
Curso de Direito Administrativo, Vol I, 4ª edição, Edições, Coimbra, Almedina, 2015 ISBN: 9789724062099 .
Curso de Direito Administrativo, Vol II, Edições Almedina, Coimbra, 2016, ISBN: 9789724064963.
Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, ISBN: 9789724062099
- ANTUNES, Colaço e COUTINHO, Juliana. *Legislação Administrativa fundamental*, 2ª edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2016.
- CABRAL, Margarida Olazabal, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008.
- CARVALHO, Carlos Luís Medeiros de. *Primeiro balanço das alterações ao CC*, in CEJ Contratação Pública 2018. www.xej.mj.pt.
- COELHO, David, *A Divisão de Contratos em Lotes na Diretiva 2014/24/EU*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 103, págs. 83 a 107, 2016, Cedipre
Revista eletrónica de direito público. “A divisão dos contratos em lotes na diretiva 2014/24/EU. N.º 13”. agosto de 2016.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo, in *A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos*, e-Pública Vol. 4 n.º 2, Novembro 2017, www.e-publica.pt.
- CORREIA, Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual dos contratos administrativo.

Revista eletrónica de direito público. “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos.” Vol. IV. n.º 2. Novembro de 2017.

DUARTE De Campos, Diogo, “*A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de fatores ambientais e sociais*”, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, 2011.

ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma Contratação Pública Sustentável*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 60, ISBN: 9789724049526;

A fuga para o direito privado. Edições almedina. Junho 2009.

Requiem pelo contrato administrativo. Edições Almedina. Abril 2003.

FONSECA, Isabel Celeste M; *Manual de Direito da Contratação Pública*. Edições Almedina 2011.

GOMES, Carla Amado. PEDRO, Ricardo. SERRÃO, Tiago. CALDEIRA, Marco. *Comentários à revisão do Códigos dos Contratos Públicos*, 2ª edição, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. 3ª edição 2018.

Direito dos contratos públicos. Vol. 1. 2.ª Edição. Almedina 2018.

ISBN: 9722032429;

MARTINS, Ana Gouveia. *A tutela cautelar no contencioso administrativo Coimbra*. 2015.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, OLIVEIRA, e Rodrigo Esteves de *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2016, ISBN: 9789724045580;

OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Concurso e outros procedimentos da contratação pública*.

OTERO, Paulo. *Legalidade a Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa a juridicidade*. Edições Almedina. Coimbra;

PAIS, Sofia Oliveira, Direito da União Europeia – *Legislação e Jurisprudência Fundamentais, Quid Juris* Sociedade Editora, 2.ª reimpressão, 2016, ISBN: 9789727246328;

RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos. Uma concorrência Ajustada ao Interesse público, 2013*; “Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos”. Novembro de 2017.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol I e II, ed. AAFDL, 2020;

SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos comentado e anotado*. 5.ª edição. 2015;
Dicionário dos Contratos Públicos, 2ª ed. Almedina, 2018;

SILVA, Vasco Pereira da, *Em Busca do ato administrativo perdido*, editora Livraria Almedina Coimbra. 2003.

SOUSA, Luís Verde de, *Revista eletrónica de direito público*. “Algumas anotações sobre a adjudicação por lotes”. Vol. 4, n.º 2. Novembro de 2017.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral, introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 2ª ed, Editora Dom Quixote, Lisboa, 2006,

SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS André Salgado de, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2009, ISBN: 9789722038782;
Direito Administrativo Geral Tomo I. 3ª edição. 2008.

VIANA, Cláudia, *Princípios Comunitários da Contratação Pública*. 2007.